Deus
5 5 - 1 Albrecht

Entscheidungen
merkwürdiger Rechtsfälle,

von

Carl Ernst Albrecht,

Hochfürstlicher Hochstift-Hildesheimischer erster weltlicher Consistorial- und Kirchenrath, und Hofgerichts-Assessor Ordinarius, auch Mitglied des Königlichen Historischen Instituts auf der Universität Göttingen.

Erster Band.

Hannover,
in der Administration der Ritscherschen Buchhandlung.
1799.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Sr. Excellenz

dem Königl. Großbritt. und Churf. Braunschw. Lüneb. Comitialgesandten in Regensburg

Freiherrn

von Ompteda.

Theuerster,
verehrtester Herr und Freund!

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Es waren für mich die glücklichsten Tage, da gleiche Studien und Bemühungen uns vereinigten; und es ist für mich, seitdem uns das Schicksal getrennt hat, das angenehmste auf der Welt, Ihrer fortdaurenden, durch so viele Jahre der Entfernung ungeminderten Freundschaft versichert zu seyn. Was kann

kann ich mehr wünschen, da es mir nicht vergönnt ist, Ew. Excellenz persönlich nahe zu seyn, als Sie durch etwas so an mich zu erinnern, daß Sie den Ihrer Freundschaft Gewürdigten neben Sich zu sehen, ihn erzählen zu hören glauben, und auch etwas von der Menge der in so vielen Jahren von ihm bearbeiteten Sachen zu lesen erhalten. Mit dem Herzen voll der feurigsten, zutraulichsten und dankbarsten Freundschaft, widmet Ihnen daher diese Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle.

Hildesheim am 28sten Nov. 1798.

Der Verfasser.

Vorrede.

Bei der Menge der Gesetze, und den vortrefli-
chen Erklärungen, welche wir von den besten Köpfen, einiger Jahrhunderte darüber haben, treten häufig Fälle ein, für welche entweder keine Gesetze da sind, oder keine von gewisser und unbestrittener Auslegung, oder auf welche mehre Gesetze passen, so daß die Frage ist, welches von denselben darauf einzig und allein mit Recht anzuwenden sey. Dazu kommt, daß einige Gerichte in gewissen Fällen nach diesen, andere, oft sehr benachbarte, zuweilen in einem andern Saale desselben Gebäudes, gehaltene Gerichte, nach andern Gesetzen und Herkommen sprechen. Nun gewährt es nicht allein dem Liebhaber der Rechtswissenschaft Vergnügen, Erzählungen besonderer und merkwürdiger Rechtsfälle zu lesen, und zugleich zu erfahren, wie darüber gesprochen worden, und wie bei diesem oder jenem Gerichte pflegt geurthelt zu werden, sondern es ist auch nützlich für junge Rechtsgelehrte, die auf hohen Schulen sich so eben erst die Kenntniß der Rechte überhaupt und im Allgemeinen erworben haben,

aber

aber von den besondern Rechten und Herkommen der Stadt und des Landes, wo sie als Sachwalter oder Richter dienen sollen, wenig wissen, und von schon ergangenen Urtheln in dortigen Gerichtshöfen gar nichts, daß sie, denen selten zur Einsicht gute und lehrreiche Acten zu Dienste stehen, durch Erzählung merkwürdiger Rechtsfälle und deren Entscheidung, theils den Gang der Geschäfte, theils die Weise, wie in den Gerichten gesprochen wird, theils die Art, wie in zweifelhaften Fällen nach Rechtsähnlichkeit und dem Gesetze der Vernunft zu urtheilen ist, kennen lernen, und auch zu einer feinen anschaulichen und scharfsinnigen Behandlung sehr bedenklicher Rechtssachen angeleitet werden.

Aus diesen Gründen glaube ich nichts unnützes zu thun, wenn ich Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle, an welchen ich in den Gerichtshöfen, deren Mitglied ich zu seyn die Ehre habe, gearbeitet habe, aushebe, und so kurz als möglich erzähle. Findet meine Auswahl und Behandlung Beifall: so werde ich dadurch ermuntert werden, auf die folgenden Bände, die am Ende mit einem guten Register sollen versehen werden, noch mehr Fleiß zu wenden.

Inhalt.

I. 1) Ob, nach erregtem Concurse, der vorher angegangene Executiv-Proceß aufhöre?

2) Ob dem debitori debitoris im Concurse allezeit die Compensation freystehe?

II. 1) Ist das Weinschanksrecht (Ius Oenopolii) ein ius merae facultatis?

2) Ist mit der Concession eine Apotheke anzulegen, eo ipso auch das Weinschanksrecht verbunden?

III. Ob gegen gerichtliche Protocolle, und die von jedem Gerichte zu vermuthende Treue, der Beweis freistehe, und ob der Richter, welcher ein wesentliches Stück des Processes verabsäumt, und auf einen gerechten Gesuch einer Parthey nicht Rücksicht nimmt, zur Schadloshaltung in dem, so die Parthey durch dessen Schuld verloren, angehalten werden könne, wenn gleich der Verletzte sich durch Rechtsmittel hätte helfen können?

IV. Steht der Vollziehung der Ehe, der erklärte dissensus der Eltern, oder der Vormünder entgegen, wenn eine heimliche Verlobung, die aber sonst keine Mängel hat, eingegangen, und die fleischliche Vermischung darauf erfolgt ist; oder ist auf die Verweigerung der Einwilligung der Eltern und Vormünder keine Rücksicht zu nehmen?

V. Ob, wenn zu einem heimlichen Verlöbnisse der Beischlaf hinzugekommen, eben dadurch das heimliche zu einem öffentlichen Verlöbnisse werde, und die Eltern des Schwängerers, oder dessen Vormünder von der Geschwängerten zur Einwilligung genöthigt, oder diese Einwilligungen, wenn sonst keine rechtmäßige Ursachen zu dessen Verweigerung vorhanden sind, auf Ansuchen der Geschwängerten, vom Consistorio supplirt werden können?

VI. Ob, nach dem hildesheimischen Stadtrechte, der Richter die Ableistung des von einer Parthey der andern abgeforderten Iuramenti calumniae generalis in jedem Falle, und ohne alle Ausnahme, aufzulegen, berechtigt sey?

VII. Geht bei einem entstandenen Concurse die Frau des Cridars denen, welche noch Ablagen aus den Meyergütern zu fodern haben, den mit einer öffentlichen ausdrücklichen Hypothek versehenen Gläubigern, welche schon des Cridars Vater Gelder vorgeliehen haben, und den ältern Gläubigern, welche, vor der Verheirathung des Cridars, auf dessen Erbgüter Geld hergeliehen haben, und gehen die älteren hypothekarischen Gläubiger den nach der constituirten Hypothek abgelegten Kindern vor, oder nicht?

VIII. Ob und in wiefern ein Bürge, in Rücksicht der von einem insolvent gewordenen Hauptschuldner zu prästirenden vsurarum morae et rei iudicatae, haften müsse?

IX. Erhält ein Gläubiger, der eine Privathypothek hat, durch die gerichtliche Immission in die-

dieselbe durch ein Decret, eine öffentliche Hypothek?

X. Was hat die nicht realiter geschehene Immission eines debitoris hypothecarii für Würkungen, wenn das Gut, worin er immittirt wurde, vom debitore veralieniret worden, und darauf Concurs entstehet? und welche Rechtsmittel hat in solchem Falle der Immissus?

XI. Darf jemand, wenn er eidlich erhärtet, daß er mit seiner Ehefrau nicht concumbirt habe, seine Stieftochter heirathen — und ist solcher Eid zulässig?

XII. Kann bei entstandenem Concurse die Frau des Cridars die wirkliche Einbringung des Brautschatzes durch ein schriftliches oder mündliches Geständniß desselben beweisen?

XIII. Vor welches Gericht gehören Zehntsachen geistlicher Körper?

XIV. Ob Gläubiger in einem Fürstenthume, durch die Einwilligung des größesten Theils der auswärtigen Gläubiger, Jemand zum gemeinschaftlichen Sachführer zu bevollmächtigen, können gezwungen werden?

XV. Erstreckt sich im Hochstift Hildesheim das Freundschaftsrecht (retractus gentilitius) auch auf erst neuerdings erworbene unbewegliche Güter? und kann sich dessen auch ein Seitenverwandter bedienen, wenn keine Abkömmlinge (descendentes) da sind?

XVI. Wenn eine Leibzucht unter gewissen Bedingungen angelobt, nachher aber solche, ohne Wiederhohlung dieser Bedingungen, von neuem versprochen ist: braucht alsdenn noch auf die

Be-

Beobachtung der Bedingungen bei dem ersten Versprechen, Rücksicht genommen zu werden?

XVII. Wird die väterliche Gewalt über einen minderjährigen Sohn, durch die, mit Bewilligung seines Vaters geschehene Verheirathung desselben, auch dann aufgehoben, wenn gleich kein besonderer Haushalt hinzugekommen ist, und kann der Sohn alsdann gültige Verträge schließen?

XVIII. I) Kann ein Kind im eilften Monate nach geschehenem Beischlafe geboren werden? oder gibt es eine eilfmonatliche Frucht?

II) Kann der Beweisführer, wenn er mit dem angetretenen Beweise nicht durchgekommen ist, noch zu der Eideszuschiebung gelassen werden?

XIX. Haben Mündel stillschweigend ein Unterpfand an den Gütern ihrer Gerhaben und falschen Vormünder (protutorum et pseudotutorum)?

XX. Wie muß ein vorgeblicher Kauf- und Verkaufcontract erwiesen werden? und wenn ist das Geständniß des Beklagten wirklich für ein hinlängliches Eingeständniß (pro confessione qualificata) zu halten? Was ist davon die Folge bei der Beweisauflage?

XXI. Kann der Minderjährige, für dessen Ablage ein Gut haftet, wenn dies verkauft und die Ablagssumme anderswo sicher angewiesen wird, er aber nach der Zeit dadurch eine Verkürzung leiden könnte, sich an dem Gute erholen? oder darf er sich nur an die Vormünder, die ehedem für ihn den Verkauf machten, halten?

ten? Hierbei kommt auch in Betracht, wie ein Gut von einer Hypothek durch Neuerung und Unterweisung (per novationem cum delegatione) kann befreiet werden.

XXII. Ueber die Fragen: 1) wie ist bei Zurückzahlung in vorzeiten festgesetzten Geldsummen der Werth der Münze zu bestimmen?

2) Kann der Richter über das in der Klagschrift ausgedrückte Gesuch des Klägers (ultra petitu auctoris) erkennen?

3) Wann findet ein Rückhaltungsrecht, eine Eviction, und ein Vorstand statt?

XXIII. Wo ist die Gränze für stillschweigende Hypotheken zu ziehen, und wo geht die jüngere öffentliche Hypothek der ältern stillschweigenden vor?

XXIV. Ist das Geständniß eines Schwängerers, daß er, zur Zeit der Schwangerschaft, die von ihm geschwächte Person zu heirathen nicht abgeneigt gewesen sey, und deswegen Heirathsvorschläge bei deren Vater habe thun lassen, für ein gültiges und verbindliches Eheversprechen zu halten?

XXV. Kann zum Erweise einer hergebrachten Gewohnheit (Observanz) dem Beklagten mit Effect der Eid zugeschoben werden?

XXVI. Befreiet eine allgemeine Ableugnung einer aus verschiedenen Posten bestehenden Foderung, wenn diese einzeln auch nebenher halb und halb eingestanden sind, die Kläger vom Beweise der Rechtmässigkeit ihrer Foderung?

XXVII. Kann ein Coadjutor eines römisch-katholischen Bischofs für seine Coadjutur von dem

alten Bischofe die Hälfte oder einen Theil von dessen bischöflichen Einkünften verlangen?

XXVIII. Kann ein Accisepächter die auf ausländischen Brantewein gesetzte Accise auf einländischen Brantewein, mit Einwilligung der Branteweinseller, vertheilen und mit ihnen verabreden, daß, wenn auf jedes Faß ausländischen Brantewein, z. B. 2 Rthlr. gesetzt sind, durchgehends von aus- und einländischen Brantwein ein Rthlr. gegeben werden solle? oder haben die Branteweins-Brenner dann ein Recht zu widersprechen?

XXIX. Kann ein vorgeblich zugesagter Mäklerlohn (Proxeneticum) gefodert werden, wenn eine auf das Geschäft zunächst sich beziehende Ursache nicht anzugeben stehet? und ist ein über eine solche Zusage zugeschobener Eid zuzulassen?

XXX. Wann ist ein, selbst gerichtlich vollzogener Vergleich in klaren Beerbungsfällen, und dagegen Wiedereinsetzung in vorigen Stand zu ertheilen?

XXXI. Ist ein Pfandgläubiger (Creditor antichreticus) schuldig, sich auf eine von seinem Schuldner ihm gemachte Berechnung des von dem ihm Versetzten gezogenen Nutzens, einzulassen?

XXXII. Wann findet der Kostenersatz bei dem Siege im Besitzstande allerdings statt?

XXXIII. Ueber die Anstellung der Special-Inquisition wider einen Schulmeister, welcher wegen Beraubung des Klingebeutels angeklagt war; und, wie weit die Gränzen des inquisitorischen und Anklage-Processes dabei eingreifen?

XXXIV. Ueber Erhöhung der geistlichen Gebühren von Predigern, und wie weit Volksklagen einiger Mitglieder der Gemeinde dabei reichen?

XXXV. Sind die Kirchenstühle, besonders auf den Dörfern, als den Reihehöfen daselbst anklebend und als Zubehör derselben zu achten?

XXXVI. Kann wegen einer begangenen unehrlichen Handlung des einen rechtlich verlobten Theils, das Eheverlöbniß wieder getrennet werden?

XXXVII. Was begründet eine Ehescheidungsklage, und in welcher Maaße muß der Beweis dabei geführt werden?

XXXVIII. Wieviel erhält die Witwe eines Pastors, wenn Kinder erster Ehe da sind, von den Einkünften des Sterbejahres ihres Mannes, und wie werden diese Einkünfte berechnet und vertheilt?

XXXIX. Können die von dem Manne für die Frau in die Witwenkasse geschehenen Zuschüsse von den Kindern erster Ehe, oder deren Vormündern, zurückgefordert werden?

XL. Wird bei dem Beweise des eingebrachten Brautschatzes der Mutter Kinder erster Ehe, wenn sie deshalben mit der Stiefmutter wegen des von dieser eingebrachten Brautschatzes um den Vorgang streiten, die Aussage eines nahen Verwandten, um die Vormünder zum Erfüllungseide de credulitate zu bringen, als halber Beweis angenommen? Und was hat ein also vollführter Beweis für rechtliche Kraft?

XLI. Muß eine von dem vorigen Prediger schon einmal von der Kirche bezahlte und von diesem in das revidirte und quitirte Kirchen-Register

in Rechnung gebrachte Schuld, in Ermangelung einer Quitung des rechten Gläubigers, noch einmal bezahlt werden? Und werden auf eine Waarenschuld Zinsen zuerkannt?

XLII. Ist einem Angeschuldigten bei der ihm nachgelassenen Vertheidigung um Abwendung der engern Untersuchung zugleich auch die anverlangte Einsicht der gerichtlichen Verhandlungen zu gestatten?

XLIII. In welchem Falle wird auf den Beweis der Einrede nicht, sondern auf den Beweis des Klagegrundes erkannt? und wann ist eine Klage für verneinend zugestanden anzunehmen?

I. Rechtsfrage.

1) Ob, nach erregtem Concurse, der vorher angegangene Executiv-Proceß aufhöre?

2) Ob dem debitori debitoris im Concurse allezeit die Compensation freystehe?

§. 1.

Es ist eine Grund-Regel des Concursprocesses, quod excitato concursu creditorum, qui veluti communis creditorum litispendentia est *a*) actiones antea specialiter motae, cessent et suspendantur, omnesque creditores ad forum concursus remittantur, adeo vt, licet in alio iudicio condemnatus esset creditor, differenda tamen sit executio *b*), so daß nach einem bekannten Gesetze *c*), pendente discussionis Instantia, kein Gläubiger vor dem andern an des Schuldners Gütern ein ius potius fodern kann *d*), da der Concurs alle actiones singulares contra debitorem in der Maaße

aufhebt, daß alle Executiones und Immissiones ruhen, und alles in dem Zustande bleiben muß, wie es beim Anfange des Concurses war. *e*)

a) *Mev.* P. VI. Dec. 104.

b) *Mev.* l. c. Dec. 105.
Rivin. ad O. P. S. Tit. XLI. en. 15.
Ludovici Einleitung zum Concursproceß. C. 1. §. 4. 5.

c) L. 6 ff. quae in fraud. cred.

d) *Faber* in Cod. Lib. VI. Tit. II. def. 4.

e) *Vlpianus* in L. 4. §. 1. ff. de ceff. bon. Cap. 1. X. vt lite pend.
Mev. l. c. Dec. 103. 104.
Ludovici a. a. O. C. 1. §. 1. u. 4.
Frhr. v. Cramer Nebenstunden, 113r Th. p. 124. 125. f. ibique alleg.

§. 2.

Bey einem neuern Falle wurde dieses aber nicht dafür gehalten, sondern der Iudex intermedius erkannte in einem des Endes am 27ten Jan. 1781, an einen Stadt-Magistrat abgelassenen Mandate:

weil des Creditoris Forderung, vermöge rechtskräftigen Erkenntnisses vom 17ten Jenner 1772 zu 115 Rthlr., ohne Zinsen, als richtig angenommen und der Cridar S. mit seiner illiquiden Gegenforderung ad separatum verwiesen, und damals das jetzt von ihm wiederholte Zeugenverhör nur in vim separati zugelassen worden, und denn, nach Anzeige des Debitors, auf seine liquide Forderung,

derung, wenig oder nichts bezahlet worden, mithin die executivische Klage noch nicht erlediget sey, obwohl der Cridar dermahlen wieder zu gutem Vermögen gekommen, so daß er seine Gläubiger, und vorzüglich diesen, wofür Magistratus, wegen der bewiesenen Justiz-Verzögerung, ohnlängst als Selbstschuldiger, vermöge rechtskräftiger Erkenntnisse, condemniret worden, füglich habe befriedigen können: so hätte Magistratus, des obigen Erkenntnisses von 1772 gemäß, und der nachher erlassenen und hierauf sich beziehenden Befehle, die executivische Klage fordersamst zu erledigen, mithin den S. vor allem zu Bezahlung des liquiden Rückstandes anzuhalten, und dabei ohnaufhältlich mit der Widerklage und darüber gestellten Zeugen-Verhöre ebenfalls in separato zu verfahren u. s. w.

und in einem Decrete vom 26ten März 1781, hieß es in der a debitore eingewandten Leuterungs-Instanz:

Da der Appellant fast das nämliche Zeugen-Verhör, so er jetzt von neuem bei Burgermeister und Rath nachgesucht, nach Ausweise der Acten, bereits 1770 ebenfalls gebeten, solches ihm, nach hiesigen rechtskräftigen und vom Fürstl. Hofgerichte bestätigten Urthel vom 17ten Jenner 1772, in vim separati und nach erledigter executivischer Klage Statt gegeben; dahingegen Appellant, nach diesem Erkenntnisse, zu Bezah-

lung der 115 Rthlr., und vermöge Decreti vom 19ten Sept. 1772, zu 25 Rthlr. festgesetzten Zinsen, schuldig erkannt worden, auf welche Rechts-Erkenntnisse im letzterm Mandato vom 27ten Jenner a. c. ein lediglicher Bezug gemacht: so sähe man nicht, wie Appellant darüber eine rechtliche Beschwerde aufstellen möge; übrigens wurde Appellat, wegen seiner Beschwerden, in Betreff der Zinsen und Kosten, auf jene Iudicata lediglich verwiesen.

§. 3.

Dieses Erkenntniß wurde gleichwohl von dem Hofgerichte, als einem der höchsten hiesigen Landes-Obergerichte, wohin appellirt war, per sententiam 1782 reformirt, und erkannt:

> daß übel gesprochen und wohl appelliret, mithin, mit Beiseitesetzung des am 27ten Jan. 1781, von dem D. Pr. Gerichte abgegebenen, Nr. 12. Act. 2dae Instantiae befindlichen Mandati de tollendo grauamine, Appellat schuldig sey, die Befriedigung seiner obwohl liquiden Forderung im ordentlichen Concurs-Wege lediglich zu suchen, auch die Completirung und Beendigung des Concurs-Processes, zu dessen Betreibung der neu angestellte Curator, Advocat R., den möglichsten Fleiß anzuwenden hätte, abzuwarten u. s. w.

§. 4.

§. 4.

Es schien zwar für die Meinung des Iudicis intermedii zu streiten: 1) daß die Foderung des Juden durch mehrere Iudicata des Ober- und Unterrichters schon im Jahre 1772, zur Execution gebracht, und der Debitor mit seiner illiquiden Gegenforderung ad separatum verwiesen war, dagegen das damals von ihm bereits intendirte Zeugenverhör nur in vim separati zugestanden, auch alles damals vom Iudicio aulico rechtskräftig bestätiget worden war, wesfalls die Entledigung dieser executivischen Klage unaufhältlich zu seyn anließ, besonders da zwei berühmte Rechtslehrer *a*) zu der Meinung incliniren, quod propter concurrentes aliorum creditorum actiones nullius conditio deterior fieri, aut quisquam commodo executiui processus excidere debeat, secundum praeiudicia Facult. iurid. Witenbergensis; et quod debitoris exceptiones altioris indaginis contra Instrumentum guarentigionatum, nequidem in concursu creditorum attendantur, welcher Lehre auch ein moderner fein denkender Rechtslehrer *b*) einigermaßen beipflichtet, da er behauptet, moto concursu actiones particulares cessare, omnesque creditores ad forum vniuersale remittendos esse, non omnino esse verum.

a) *Wernher* P. 1. obs. CCCVIII.
Horn Resp. cl. 13. Sent. 8 et 9. pag. 974. 975.

b) *Hommel* in Rhaps. Quaest. obs. 295.

§. 5.

§. 5.

Allein schon nach der Natur der Sache, nach dem Geiste der Gesetze *a*), und nach der Meinung der größten Rechtslehrer *b*) nicht minder nach täglicher Praxis, bleibt das Gegentheil wahr, und kein Creditor kann vor dem andern verlangen, daß vor Beendigung des Concursprocesses, seine Forderung, sie sey so privilegiret, wie sie wolle, vorweg exequirt werde, besonders wenn, wie hier, die Absicht da ist, daß er sich der so billigen als rechtmäßigen Compensation einer sehr liquidablen starken Gegenforderung, die der Debitor an ihn macht, dadurch entziehen will.

Alles war hier um so mehr anwendbar, da der gedachte Concurs zwar durch Unachtsamkeit des Iudicis inferioris und des ersten Curators, verschleudert und vernachlässiget, nicht aber bereits beendiget, am wenigsten in der Lage war, daß gemeint werden durfte, es könne der eine appellatische Creditor jetzt des Cridarii neuerworbenes Vermögen, welches das Glück der Concurs-Masse in concreto bescheert hatte, und zu selbiger allein zu ziehen war, separatim angreifen, eine alte, durch den erfolgten, und noch nicht beendigten Concurs, erloschene executivische Klage, wieder mit Effect erneuern, und, zum Schaden des Cridars, und älterer, mit Capitalien und Zinsen zum Theile vorgehender Mitgläubiger, sich mit Capital und Zinsen, ohne sich auf die angestellte Gegenforderung einzulassen, und deren Liquidmachung abzuwarten, bezahlt machen.

a) L. 6. §. 7. quae in fraud. cred.
b) Vid. Auctores in §. 1. allegatos cum aliis multis.

§. 6.

Der von dem Cridar und von dem zu dessen Concurse angeordneten Curator verlangten Compensation, einer eben so starken, in Fleischlieferungen bestehenden Gegenforderung, konnte der Gläubiger, da der Concurs noch fortdauerte, und durch die verbesserten Vermögens-Umstände des Hauptschuldners wieder rege wurde, sich mit Rechtsbeifalle nicht entziehen, in Betracht es die Sprache klarer Gesetze *a*) ist: Compensationem fieri *ipso iure* et *inuito creditore*, adeo vt ex momento mutui debiti obligationem mutuam tollat *b*), auch die compensatio, ja Retentio in Concursfällen allerdings platznehmend ist, und die daher entspringende Einrede, während des Laufs des Concurses, selbst bei verabsäumter Liquidirung der Gegenforderung, verloren gehet, nam perpetua est haec exceptio. *c*)

a) L. 4. L. 10. L. 21 ff. de comp. §. 30. I. de act.

b) L. 4. L. vlt. C. de comp.
L. 7. C. de Solut.
L. B. de *Cramer* Obs. iur. vniuers. Tom. III. Obs. 977. p. 739.
Zanger de except. P. III. C. 8. n. 124.

c) L. 5. §. fin. ff. de dol. mal. except.
L. 4. L. 12. L. vet. C. de comp.
Berger Oec. iur. Lib. 3. tit. 15. th. 4. not. 8.
Eiusd. Suppl. ad Elect. Diss. forens. P. 2. tit. II. §. 20. pag. 350.
Hommel Rhaps. Quaest. obs. 388. edit. 3. de 1779. p. 501. 502. cum multis aliis DD.

II. Rechtsfrage.

1) Ist das Weinschankrecht (Ius Oenopolii) ein ius merae facultatis?

2) Ist mit der Concession eine Apotheke anzulegen, eo ipso auch das Weinschankrecht verbunden?

Schon aus richtiger Definition des Weinschankrechts, folgt von selbst, daß es kein ius merae facultatis seyn kann. Das Weinschankrecht (ius oenopolii) ist nehmlich ius, seu facultas a Magistratu concessa, qua alicui liberum est, cum aliorum exclusione, cuiusque vel certi generis vina diuendere, ac cum eo negotiari,

Ahasverus Fritsch, in Opusculis variis. Tom. II. Parte 3. Tract. XIV. c. 2. nro. 7 und 8.

Jeder, der dies Recht ausüben will, muß also ein besonderes ausdrückliches Privilegium dazu haben, nam vina alibi coemere et minutatim vendere, ac sine speciali concessione tabernam vinariam erigere non licet; concessio enim tabernae pro actu iurisdictionis habetur,

tur, nec res est merae facultatis, sed dependet a nutu et consensu magistratus eius loci.

Ahasv. Fritsch l c. nro 5.

Der einzige Einwurf, den man macht, ist, daß dadurch die in den Rechten so sehr begünstigte Freiheit im Handel und Wandel eingeschränkt würde, und, den Reichsgesetzen zuwider, ein gehäßiges Monopol daraus entstehe. Allein die Freiheit im Handel und Wandel verdient nur dann Begünstigung, wenn durch dieselbe das Wohl des Staats befördert, nicht aber, wenn es dadurch gehindert wird. In diesem Falle ist es nicht nur Befugniß, sondern sogar Pflicht der gesetzgebenden Gewalt, den Freihandel zu verbieten, und Monopolien zu gestatten. Daß die gesetzgebende Gewalt aber ihre Pflichten erfüllt habe, dafür streitet im zweifelhaften Falle, so wie immer, also auch hier, die Rechtsvermuthung. Nur wenige Zweige des Handels und Wandels haben aber einen so großen Einfluß auf die Gesundheit, und die Moralität der Mitglieder eines Staats, als das Weinschankrecht. Einem jeden muß es einleuchten, daß, durch eine unbeschränkte Freiheit hierin, die der Gesundheit nachtheiligsten Verfälschungen, und die mit der Moralität streitende Unmäßigkeit überhand nehmen würden, welches aber, wenn nur wenigen dies Recht zugestanden wird, durch eine polizeymäßige genaue Aufsicht der Obrigkeit, leichter kann verhütet werden. Hiermit stimmt auch der mehrmahls angeführte *Fritsch* überein, l. c. c. 10. ibique alleg. DD., indem er mit Recht behauptet: non omnia mono-

monopolia iniusta et illicita esse, sed praecipue illa, quae pro commoditate et vtilitate publica instituantur, omnino licita haberi.

Der Magistrat einer Landstadt im Hochstift Hildesheim hatte das Weinschanksrecht, welches er seit undenklichen Zeiten besaß, verpachtet; der Apotheker des dasigen Orts, der seit 1741 Wein verkauft hatte, erwürkte unter dem 1ten Februar 1768, von einem fürstlichen Amte den Befehl: daß er von Niemand in Versellung des Weins gestört werden solle. Auf die vom Magistrate, der dem Apotheker das Weinschanksrecht nicht zugestehen wollte, dagegen eingewandten exceptiones sub- et obreptionis, und weitere Verhandlung, entschied das Amt dahin: daß der Rath, mittelst Production seines Priuilegii, sein Priuatiuum beweisen solle, welches Urthel auch in der Leuterations-Instanz bestätigt wurde.

Wider dies Urthel wandte der Magistrat bei hochfürstlichem Hofgerichte Appellation ein; worauf reformatorie gesprochen, und dem Apotheker verboten wurde, inskünftige mit Wein zu handeln.

Bei diesem Falle entstand auch noch die Nebenfrage:

> ob mit der Gestattung, eine Apotheke anzulegen, eo ipso auch das Weinschanksrecht verbunden sey?

Diejenigen, welche diese Frage bejahen, berufen sich

1) auf Natur der Sache und Billigkeit,

2) auf eine allgemeine Gewohnheit.

Was den ersten Punkt betrift, so sagt man:

a) der Apotheker habe den Wein zu Bereitung mancher Medicamente nöthig.

Allein dieser Grund ist sehr unrichtig; denn es ist ja dem Apotheker erlaubt, seinen, zu erwähntem Behuf, nöthigen Wein, als eine Kaufmannswaare, en gros einzuziehen, oder solchen von den Weinschenkern des Orts, wo er wohnt, holen zu lassen, woraus aber noch gar nicht folgt, daß er deswegen mit Wein, als mit einer Kaufmannswaare, handeln, oder gar, wie ein Gastwirth, Weingäste setzen dürfe;

b) daß die Apotheker, wenn ihnen das Weinschanksrecht nicht zugestanden würde, nicht wohl bestehen könnten.

Hier lehret aber die Erfahrung das Gegentheil, indem es sehr viele Apotheker gibt, die, ohne das Weinschanksrecht auszuüben, sich sehr gut stehen.

3) Die allgemeine Rechtsgewohnheit, als wenn alle Apotheken, auch im Hochstift Hildesheim, besonders in den kleinen Städten, das Weinschanksrecht trieben, ist unerweislich; denn es gibt, sowohl im Hochstifte Hildesheim, als auch in benachbarten Landen, Apotheken genug, die das Weinschanksrecht nicht haben. Ueberhaupt können die Apotheker

dies Recht nur ex speciali concessione, oder durch Verjährung per tempus immemoriale, erwerben, wodurch andern Apothekern kein Recht zuwächst. Bei dem vorliegenden Falle war aber weder an specielle Concession, noch an Verjährung zu denken.

III. Rechtsfrage.

Ob gegen gerichtliche Protocolle, und die von jedem Gerichte zu vermuthende Treue, der Beweis freistehe, und ob der Richter, welcher ein wesentliches Stück des Processes verabsäumt, und auf einen gerechten Gesuch einer Parthey nicht Rücksicht nimmt, zur Schadloshaltung in dem, so die Parthey durch dessen Schuld verloren, angehalten werden könne, wenn gleich der Verletzte sich durch Rechtsmittel hätte helfen können?

---

§. 1.

Es sind ziemlich unbestrittene Sätze des römischen Rechts:

1) quod praesumtio pro fide iudiciali probationem contrarii admittat, et praesumtio, pro registratura iudiciali militans, probatione contrarii elidatur, quia praesumtionem pro fide iudiciali militantem veritas et probatio vincit a), und daß wider

wider eine gerichtliche Registratur nicht allein Zeugen aufgeführt werden können *b*), sondern auch sogar von dem Verfasser eines gerichtlichen Protocolls über dessen Inhalt ein Eid gefodert werden kann. *c*)

2) Quod generaliter iudex male procedens omne damnum datum et certam determinationem recipiens restituere debeat, quoniam omnis, qui damnum alteri infert, contra legem iustitiae specialis agendo ad restitutionem obligatur *d*) et quod iudex, etiam ex culpa male iudicans litem suam faciat et parti laesae ad damnum resarciendum teneatur *e*), wenn gleich die in Schaden gestürzte Parthey sich durch ein Rechtsmittel hätte helfen können, weil nirgends in den Rechten vorkommt, daß der Richter nur in subsidium gehalten sey, wenn die Parthey sonst zu keiner Schadloshaltung gelangen kann *f*), und es des Richters dolum l. culpam nicht mindert, daß durch ein anderes Erkenntniß die Vollstreckung des ungerechten Spruchs hätte gehindert werden können *g*).

a) L. 24 seq. ff. de Probat.
L. 10. C. de n. n. p.
L. 11. C. de neg. gest.

b) *Leyser* in Med. ad ff. Spec. LXXI. med. 15.

c) Struben rechtl. Bed. Th. 1. Bed. 134.
a *Wernher* P. 1. Obs. 12.
Kemmerich de secretar. Proton. et actuar. iudic.
J. B. Geigers und C. F. Glücks, merkwürdige Rechtsfälle. B. 1. pag. 195 u. f.

d) *H. Bodini* differt. de iudice male procedente Th. 19.

e) pr. I. de obl. quae et quasidel. nasc.
Beyer ad h. t. Inst. Pos. 4.
L. 65. §. 2. ff. ad Sct. Trebell.
L. 2. C. quando pror. non est nec.
a *Wernher* sel. obs. for. P. VIII. obs. 369.
Mevius P. VII. dec. 295. n. 3. et plur. al.

f) **Struben** rechtl. Bed. p. 179.

g) *Strube* l. cit. ibique alleg. DD.

§. 2.

Man wollte jedoch bei der Entscheidung eines neulichen Falles diese Sätze nicht als ausgemacht annehmen, sondern erkannte in erster Instanz:

daß beklagte Magistratspersonen von angestellter Klage zu entbinden, Kläger aber denselben die bisher verursachten Kosten, nach deren vorgängiger Designation und richterlicher Ermäßigung zu ersetzen verbunden sey.

§. 3.

Gleichwohl wurde dieses Urtheil durch ein anderes nachheriges Erkenntniß abgeändert und erkannt:

daß mit Aufhebung des am 24ten Dec. 1772 eröfneten Urtheils, Kläger modo Leuterant mit seiner wider Beklagten modo Leuteraten angestellten Klage allerdings zuzulassen, mithin demselben zu verstatten sey, den zu Begründung derselben anerbotenen Beweis legali modo zu führen u. s. w.

§. 4.

§. 4.

Für die Meinung des ersten Urthelsverfassers schien zwar zu streiten:

1) daß die Behauptung des jetzigen Klägers, als wenn auf einen gleich im ersten Termine seinem Gegner von ihm zugeschobenen Haupteid die beklagten Gerichtspersonen nicht erkennen wollen, gegen alle Wahrscheinlichkeit anstoße, da ihm ja, vermöge protocollarischen Resoluti, der Beweis desjenigen Punkts, worüber er den Haupteid zugeschoben haben wollte, ausdrücklich vorbehalten sey, und nicht leicht zu vermuthen stehe, daß die beklagte Commission eine speciem probationis per iuramenti delationem verworfen, und doch dem deferenti generaliter den Beweis vorbehalten haben sollte; daß also

2) die Vermuthung für die Richtigkeit der gerichtlichen Protokolle hier vorzüglich Platz finden, und dem der Unrichtigkeit beschuldigten Protokolle, in Betracht das selbe von einer eidlich verpflichteten Gerichtsperson abgehalten worden, und dabei zwei Magistratspersonen Zeugen gewesen, völliger Glaube beigelegt, folglich kein Beweis dagegen zugelassen werden müsse, weil mehrere berühmte Rechtslehrer der Meinung sind, quod iudex et Scabini testificantes de his, quae coram illis gesta sunt, plenam fidem mercantur, etiam absque iuramento; et Actuario, intuitu Sacramenti, quoad Acta rite et ex veritate consignanda se obligauit,

omni-

omnino credendum ſit *a*) et praecipuus protocolli iudicialis effectus in eo conſiſtat, quod in probando plenam fidem faciat, quia geſta, quae ſunt translata in publica monumenta, perpetuam habere firmitatem, in L. fin. C. de re iud. deciſum ſit, in publica vero monumenta transferre, nil aliud ſit, quam protocollo inſerere *b*), et iura ſemper pro iudice praeſumant *c*), oder daß doch

3) wenigſtens der jetzige Kläger gleich in iudicio appellatorio hätte Beſchwerde darüber führen ſollen, daß auf den von ihm deferirten Haupteid nicht erkannt worden, alſo jetzt, da er ſolches unterlaſſen, jede Regreßklage unzuläſſig ſey, weil nach eines ſcharfſinnigen Rechtslehrers Meinung actio L. Aquiliae, vel ſimilis, tendens ad damni dati reſtitutionem, ceſſet, quoties damnum paſſi negligentia vel culpa concurrit, hic autem, ſi appellaſſet, imperita ſententia reformata fuiſſet. *d*)

a) a *Wernher* obſ. for. T. 1. P. 1. obſ. 12.
Carpzov. P. 3. C. 3. def. 12.
Coler. P. 1. dec. 196. n. 3.

b) *Sam. Stryck* diſſ. de iure protocolli. c. VI. §. 1.

c) L. 1. in f. de off. praeſ.
a *Wernher* P. 1. obſ. 69. n. 5.

d) *Thomaſius* in diſſ. de vſu pract. actionis aduerſ. iudic. imperite iudicant. §. 10.

§. 5.

Allein, nach dem klaren Inhalte der Gesetze, und nach der Meinung der bewährtesten Rechtslehrer, muß die für den Verfasser eines gerichtlichen Protokolls streitende Vermuthung, der Wahrheit und dem Beweise des Gegentheils allerdings weichen, und die Regreßklage findet gegen einen Richter allerdings Statt, wenn er einer Parthey, durch Verwerfung eines kurzen und völlig zulässigen Beweismittels, oder durch ein sonstiges illegales Verfahren, Schaden und Kosten verursacht hat, die sie von ihrer Gegenparthey nicht wieder erlangen kann, und dieses Vergehens gehörig überführt wird *a*). Ja, sie findet auch selbst dann noch Statt, wenn die verletzte Parthey durch ein Rechtsmittel sich hätte helfen können, und dies unterlassen hat, indem die Gesetze den von **Thomasius** gemachten feinen Unterschied nicht anerkennen, und viele berühmte Rechtslehrer solchen daher auch nicht wollen gelten lassen. *b*)

Diese Grundsätze fanden eben im vorliegenden Falle um so mehr Anwendung, da die beklagten Commissarien dem jetzigen Kläger und Leuteranten nur eine 24stündige Beweisfrist gegeben, und die von ihm mit Recht dem Gegentheile abverlangte Caution verworfen, auch nicht zu leugnen vermogt hatten: daß der jetzige Kläger zu der am 1ten Aug. 1764 gehaltenen Commission nicht übernächtlich vorgeladen, sondern, ohne alle ordnungsmäßige Citation, zu solcher von der Straße durch den Bürgerboten, ohne ihm Zeit zu geben, sich nach einem rechtlichen Beistande umzusehen,

heran=

herangeholet, und sonst in der Commission selbst noch tumultuarisch gegen ihn verfahren worden, also dadurch schon viele Vermuthung wider die Legalität ihres Verfahrens erregten, quum, quamprimum apparuerit, iudicem a legum praeſcriptione paulisper deflectere, mox praeſumtioni ſiniſtra ſe ſubiiciat et hinc, quamuis bona fide ſe quicquam geſſiſſe praetendat, praeſumtio tamen contra illum ex hoc ſolo militat, quod formam a iure praeſcriptam non obſeruauerit, vel a ſolita iudiciorum obſeruatione deceſſerit *c*), und dann der jetzige Kläger dadurch leicht von der Einlegung eines Rechtsmittels gegen die widerrechtliche Verwerfung des von ihm seinem Gegner zugeschobenen Haupteides abgehalten werden konnte, weil ihm doch noch generaliter der Beweis seiner Behauptung, worüber der Eid zugeschoben worden, vorbehalten war, und er glaubte, sich vor allen Dingen erst darüber beschweren zu müssen, daß auf die von ihm seinem Gegner als einem Ausländer abverlangte Caution pro reconventione et expenſis nicht erkannt war.

a) vid. Auct. et LL. in §. 1. all.

b) cf. Auct. §. 1. alleg. et plur. all.

c) *H. Bodin.* diſſ. de iudic. male proced. th. 11. in fin.

Stryck diſſ. de praeſ. pro Magiſtr. c. 1. §. 6.

IV. Rechtsfrage.

Steht der Vollziehung der Ehe, der erklärte dissensus der Eltern, oder der Vormünder entgegen, wenn eine heimliche Verlobung, die aber sonst keine Mängel hat, eingegangen, und die fleischliche Vermischung darauf erfolgt ist; oder ist auf die Verweigerung der Einwilligung der Eltern und Vormünder keine Rücksicht zu nehmen?

---

§. 1.

Es ist ein ziemlich deutlich ausgedrückter Satz des in diesem Stücke, nach der größten Rechtslehrer einstimmigen Zeugnisse, in den meisten geistlichen Gerichtshöfen der Protestanten angenommenen canonischen Rechts: quod copula carnalis vnitatem carnis inducat, adeoque, si promissio coniugii accesserit, in matrimonium transire intelligatur, omneque vitium clandestinitatis purget. *a*)

a) Cap. 3. cap. 6. X. de condit. appos. iunct.
Matth. XIX. vers. 6.
cf. *Schneidew.* de Matrim. P. 2. num. 36.
Heig. P. 1. qu. 22. n. 71.
Kling. de causs. matrim. p. 78.
Schurff. Cons. 57. Cent. 1.

§. 2.

Dennoch traten bei einem gewissen Vorfalle wichtige Bedenklichkeiten über den Punkt ein: ob nicht der dissensus patris die Verbindung des stupratoris cum stuprata, wenn gleich der concubitus sub promissione clandestina matrimonii von dem stupratore wirklich vollzogen worden, hindern könne und allerdings zu beachten sey; weil einmahl nach dem röm. Rechte dergleichen sponsalia clandestina für ipso iure nulla erkläret werden a), und es 2) albern seyn würde, eum, qui deliquit, ad eam rem, in qua peccauit, nouo peccato adiuuari, quia id, quod legibus interdictum est, per aliud factum illicitum reddi licitum non possit b) vielweniger also dergleichen Verbrechen den Eltern, als Dritten, ihre Rechte nehmen könne, da sonst die Kinder ja dadurch nur Gelegenheit bekämen, der Eltern Einwilligung nach ihrem Gefallen entbehren zu können, dies aber für die Sittlichkeit und gute Ordnung sehr gefährlich werden könnte: malitiis vero hominum indulgendum non esse, constet, neque ex illis quisquam commodum reportare debeat c), weshalben denn auch viele Rechtslehrer der Meinung sind, daß sponsalia clandestina auch in dem Falle, wenn der Bei-

schlaf

schlaf hinzugekommen sey, ohne der Eltern Einwilligung ungültig wären *d*), alle diese Sätze aber 3) im Hochstifte Hildesheim um desto eher ihre Anwendung finden müßten, da die Hochstift-Hildesheimische Consistorial-Verordnung vom Jahre 1743. §. 1. p. 7. ausdrücklich festsetze: „daß „Manns- und Frauenspersonen, wes Standes, „Würden oder Wesens die seyen, und zur Augs„burgschen Confession sich bekennen, ohne ihrer „Eltern, und Vormünder Rath, Vorwissen und „Willen sich in kein Eheverlöbniß einzulassen be„fugt seyn sollen," und hingegen die etwa vorhandenen praeiudicia um destoweniger in Betracht kommen könnten, quia praeiudicia in consilium adhiberi, non iubere aut imperare debeant, nec sententia iniqua per praeiudicia satis excusetur. *e*)

a) §. penult. I. de nupt. iunct. L. S. C. de LL. v. *Mich. Havemann* de iure connubii L. 1. T. 3. Pos. 2 seq.

b) Arg. L. 2. pr. ff. de priv. del. L. 134. §. 1 ff. de Reg. I.

c) L. 8. §. 20. ff. de transact.
L. 25. C. de Legat.
L. 2. ff. Solut. matrim.

d) *Voetius* in Comm. ad ff. Tit. de rit. nupt. th. 11.
Groenewegen pr. Inst. de nupt. n. 3.
Schilter Inst. Iur. Can. L. 2. T. 10. §. 6 et 11.
Pufendorf Obs. iur. vniu. T. III. obs. 43.
Hommel in Rhapsod. Quaest. T. 1. obs. 244.

e) *Gribner* in diss. de obseru. coll. iurid.
Reinhard ad Christin. Vol. 1. obs. 3.
Struben rechtl. Bed. I. Bed. 24-86.

§. 3.

§. 3.

Allein da

1) die mildern Gesinnungen des canonischen Rechts *a*) hier allerdings den Vorzug vor dem röm. Rechte verdienen, und dies deshalben auch in den geistl. protestant. Gerichtshöfen angenommen worden; da

2) schon das natürliche Recht die von einem in väterlicher Gewalt stehenden Sohne, ohne Vorwissen und Bewilligung des Vaters eingegangene Eheverlobung nicht annullirt *b*), das in diesem Punkte strengere römische Recht aber deswegen in deutschen Landen seine Anwendung nicht wohl mehr finden kann, weil hier der väterlichen Gewalt weit engere Grenzen gesetzt sind *c*), vielmehr sponsalia clandestina, quibus accessit copula carnalis, in effectu pro publicis zu achten sind, und dabei kein Unterschied zu machen ist, ob der Sohn in väterlicher Gewalt stehe, oder nicht, quia, quamuis patriae potestatis insignes effectus sint, tamen adeo late extendi nequeunt, vt alteri eius praetextu iniqua conditio vel damnum inferatur; eademque potestas, inprimis ante nuptias respicitur, *non, vbi illae iam consummatae, quod toties factum esse censetur, quoties concubitus sponsalia secutus est d*), non quod concubitus sponsalia clandestina licita faciat, sed quod eum in modum vitiatae succurrendum sit, quae spe matrimonii promissi ad concubitum adducta esse

esse intelligitur *e*), et causa redeat ad conflictum iurisparentum et iuris *vitiatae*, in quo, quoad ea de re iure particulari nihil cautum est, *huius ius potius habetur* ob laesionem et satisfactionem, non nisi honesto matrimonio praestandam *f*), womit denn auch die Reichsgesetze ganz klar und deutlich übereinstimmen, welche selbst der elterlichen Gewalt bei der Verlobung der Kinder so weite Grenzen nicht setzen, als die römischen Rechte *g*), und da ferner Herzog Julius Kirchen-Ordnung *h*), welche bekanntlich im Hochstifte Hildesheim gesetzliche Kraft hat, dieser Meinung das entscheidendste Uebergewicht gibt, da sie will, daß zwar solche Kinder, welche sich ohne der Eltern Einwilligung verloben und darauf fleischlich vermischen, bestraft werden sollen, dennoch aber solche Eheversprechungen deswegen nicht für nichtig erklärt, sondern verordnet:

„daß der Richter über solches Versprechen „nach der heil. Schrift und den kaiserl. Rechten erkennen solle,

wovon die angezogene Consistorial-Verordnung, vom Jahre 1743, offenbar nichts hat abschaffen, oder dagegen etwas neues einführen wollen, indem sie, ihrem klaren Inhalte nach, nur von gewöhnlichen Verlobungen redet; und diese nicht allein die obige Meinung für das Hochstift Hildesheim um desto anwendbarer macht, sondern auch noch der Umstand, daß

4) auch mehrere praeiudicata für diese Meinung bereits bei dem Gerichte vorhanden waren, und bekannten Rechtens ist: quod non temere a maiorum ſententiis et concluſis recedendum ſit *i*), et quod praeiudicata neceſſitatem ſequendi faciant, ſi lex certa de caſu propoſito non adſit, aut quae adeſt, valde dubia exſiſtat, et ille modus pronunciandi in conſuetudinem venerit *k*), quia, teſtimoniis prudentum de conſuetudine recte expoſitis ſi fides habenda non eſſet non potuerit non eſſe probatio difficillima *l*): ſo wurde dahin entſchieden, daß auf den diſſenſum paternum, ob copulam carnalem acceſſam, nicht zu achten, und die Ehe zu vollziehen ſey.

a) cf. §. 1.

b) *Grot*. de iure bel. et pac. L. 2. c. 5. §. 10. n. 2.

c) conf. *Ludewig* in diſſ. de differ. I. R. et Germ. in ſtupro ſub matrim. ſpe Diſſ. 1. n. 6. et in diſſ. Iur. R. et Germ. in connub. Imper. conſenſuque Parent. Diſſ. 2. C. 2. n. 6. 7. 8.
Schilter ad Pand. Exerc. 3. §. 12.
Horn. Claſſ. 3. Reſp. 10.
Heig. in pr. I. de nupt. num. 28.
Wernher Part. II. obſ. 421. et in ſupplem. nor. ad hanc obſ. item P. III. obſ. 40. n. 84.
Leyſer M. ad ff. Spec. 291. Med. 2. 3. et Spec. 294. M. 1. 2 ſeq.

d) *Hahn* ad *Weſembec*. T. de Sponſ. not. vlt.
Cyprae Tr. de iure connub. c. 10. §. 10 ſq.
Heig. ad pr. I. de nupt. n. 28.
Beuſt. Tr. de Matrim. C. 47.

e) *Struv.* Iurisprud. Rom. Germ. L. 1. T. 6. §. 4. et exerc. ad ff. 29. th. 17.
Reuchn. L. 1. conſ. 1.

f) *Georg. Lud. Boehmer* in Pr. Iur. Can. L. III. S. II. T. III. §. 417. n. 5.
conf. *Carpz.* in Iurispr. eccl. L. II. def. 60.
Berger in elect. diſcept. for. P. II. p. 1861.
Wernher et *Leyſer* ll. cc. et
Bodinus in diſſ. de anticip. concub. T. V. et XI.

g) S. Imper. Car. V. Erklärung wegen der Religion auf dem Reichstage zu Augsburg. Anno 1548. T. 21. §. 8. 9.

h) Tit. von heimlicher unordentlicher Eheverpflichtung der Kinder. pag. 249. 250.

i) *Gribner* in Diſſ. ſupra all. §. 27.
Leyſer Vol. I. Spec. IX. Med. 5.
Reinh. ad *Chriſt.* Vol. I. obſ. III.

k) L. 38. SS. de LL.
Mev. P. V. Dec. 282.
Hahn ad Tit. ff. de re iudic. n. 8.
ICti Tüb. Vol. VI. conſ. 9. n. 49.
Struv. Exerc. 2. §. 21.

l) *de Ludolf* obſ. for. T. I. p. 405. Strubens Nebenſt. B. 5. Abh. 32. §. 28.

V. Rechtsfrage.

Ob, wenn zu einem heimlichen Verlöbnisse der Beischlaf hinzugekommen, eben dadurch das heimliche zu einem öffentlichen Verlöbnisse werde, und die Eltern des Schwängerers, oder dessen Vormünder von der Geschwängerten zur Einwilligung genöthigt, oder diese Einwilligungen, wenn sonst keine rechtmäßige Ursachen zu dessen Verweigerung vorhanden sind, auf Ansuchen der Geschwängerten, vom Consistorio supplirt werden können?

§. 1.

Es sind in der gesunden Vernunft sehr gegründete und der Analogie der Rechte sehr gemäße Sätze:

1) daß, sobald bei der fleischlichen Vermischung zweier noch nicht volljährigen Personen, die Eltern oder Vormünder, weil ihre Einwilligung zur rechten Zeit nicht gesucht worden, nachher einen gerechten Grund haben, ihre Ein-

Einwilligung in die Verehelichung solcher Personen zu verweigern, indem der ohne ihr Wissen geschehene Beischlaf, wenn auch ein Eheversprechen dabei vorgefallen, dies im Anfange an und für sich ob regulam Catonianam nichtige Eheversprechen nicht gültig machen könne;

2) Daß es höchst unbillig und hart für die Eltern, für die Jugend aber höchst verführerisch und verderblich, folglich allen Grundsätzen der Sittenlehre und aller guten Staatspolizey sehr zuwider seyn würde, wenn Kinder, durch das verübte Laster der Unzucht, ihren Eltern ihre Rechte zu entziehen die Befugniß erlangen, und folglich durch dies Laster in bessere Umstände, als worin sie vorher waren, sich zu versetzen fähig seyn sollten, womit auch das

cap. fin. X. de cogn. spir.

sehr übereinstimmt, und welche auch, weil ihr das

cap. 6. X. de rapt.

nicht entgegen stehet, von den wichtigsten Rechtslehrern angenommen worden.

v. *Voet* ad ff. T. de ritu nupt. T. 11.

Gröneweger pr. Inst. de nupt. n. 3.

Schilter Inst. Iur. Can. L. 2. T. 10. §. 6 et 11.

Carpz. Iur. Consist. L. 2. def. 57. n. 7. et L. 5. Resp. 110.

Lauterb. Coll. Pand. Pand. II. T. de nupt. §. 29.

Pufendorf obs. iur. vn. T. III. obs. 43.

quia nil astutis mulierculis facilius, quam incau-

incautos adolescentes oblato concubitu irretire- et is, qui post conditionata sponsalia cum sponsa congreditur, in hoc concubitu de conditione non cogitat;

C. F. Hommel in Rhapf. Qu. T. I. obf. 244.

3) daß nur dasjenige verlobte Kind, dessen Eltern oder Vormünder ihre Einwilligung versagen, auf supplementum consensus ob causas insufficientes denegati gegen diese klagen könne, nicht aber der andre mit diesem Kinde verlobte Theil,

Wernher obf. for. P. X. obf. 269.

quia nil iuris in patrem desponsatae habet procus- et vice versa.

Henr. Browerus de iure Connubiorum L. 1. c. 13. §. 9.

§. 2.

Dennoch wollte man diese klaren Sätze in folgendem Rechtsfalle nicht gelten lassen.

Ein junger Mensch schwängert eine Frauensperson, bei Versprechen der Ehe, unter der Bedingung, wenn seine Mutter und Vormünder einwilligen würden. Die Vormünder wollen nun aber durchaus nicht einwilligen — die Geschwächte klagt also gegen den Schwängerer auf die Ehe. Dieser leugnet den Beischlaf und das Versprechen nicht. Daher wird, weil er vorträgt, daß die Vormünder nicht einwilligen wollten, der Klägerin aufgegeben, sich um die Einwilligung der Vormünder zu bemühen.

Diese, welche die Einwilligung aussergerichtlich zu erlangen verzweifelt, trägt darauf an: die Vormünder zu Angebung ihrer Verweigerungsursachen gerichtlich anzuweisen.

Die Vormünder führen Haushaltsunkunde und Armuth der Klägerin als Verweigerungsursachen deshalben an, weil ihres Mündels Hof eine gute und bemittelte Hausfrau verlange, besonders, da von deren Mitteln die Ablagen entrichtet werden müßten.

Die Klägerin zeigt das unzulängliche dieser Verweigerungsursachen, und behauptet zugleich, daß sie hinlänglich im Haushalte erfahren sey. Sie bittet also um Supplirung des Consensus.

§. 3.

Der im 1ten §. angeführten wichtigen Gründe halber wurde aber von mir das Urthel also verfasset:

> daß das vorgebrachte Eheversprechen, bei gänzlich ermangelter und nicht zu erwürken gestandener Einwilligung der Mutter und der Vormünder des Beklagten, als null und nichtig aufzuheben, und das Gesuch um Supplirung des Consenses, als rechtswidrig zu verwerfen sey.

Es ist indessen nicht zu leugnen, daß noch leider oft in solchen Fällen, und zwar wegen des aus dem C. 6. X. de raptu erzwungenen, aber irrigen Satzes:

quod

quod ſponſalia, ſine parentum ſeu curatorum conſenſu celebrata, ſed concubitu firmata, in ipſum matrimonium transeant, eo ipſo clandeſtina publica fiant, et ſub conditione initia in pura degenerent,

auf Supplirung des Conſenſes und Vollſtreckung der Ehe erkannt werde.

VI. Rechtsfrage.

Ob, nach dem hildesheimischen Stadtrechte, der Richter die Ableistung des von einer Parthey der andern abgeforderten Iuramenti calumniae generalis in jedem Falle, und ohne alle Ausnahme, aufzulegen, berechtigt sey?

§. 1.

In der Stadt-Hildesheimischen Gerichtsordnung wird verordnet:

> daß das iuramentum calumniae, wenn es von den Advocaten und Procuratoren gefodert würde, cum grano salis genommen werden solle,

welches, wie ich glaube, so zu verstehen ist, daß dieser Eid nicht anders aufgelegt werden solle, als nach vorgängiger Untersuchung: ob der Gegentheil rechtmäßige Gründe zu einem solchen Verlangen habe. In einer neuern Magistratsverordnung, vom 19ten Julii 1745, kommt, diesen Eid betreffend, jedoch folgende Stelle vor:

Wir

> Wir verordnen hiemit, daß in allen Sachen, darin ein Theil dem andern den Eid für Gefährde, zu Latein iuramentum calumniae genannt, abheischet, solcher von den Principalen nebst seinem Advocato abgeschworen und darüber durchaus kein Dispüt verstattet werden soll.

Nach dieser Verordnung scheint es bei dem ersten Anblicke, als sey der Richter nicht befugt, über die Statthaftigkeit eines iuramenti calumniae weitere Untersuchungen anzustellen, sondern es sey genug, wenn nur der Gegentheil dessen Ablegung verlange. Allein bei näherer Untersuchung ergibt sich bald, daß die erwähnte Verordnung keine Abänderung, sondern eine Wiederhohlung des gemeinen Rechts enthält, weil sie in so unbestimmten Ausdrücken abgefaßt ist, welches gewiß im entgegengesetzten Falle nicht geschehen seyn würde. Völlig erweiset sich diese Meinung durch das der Verordnung beigefügte Anhängsel:

> jedoch nach Inhalt der gemeinen Rechte und Kaiserlichen Cammergerichtsordnung.

Die Verordnung verweiset also ausdrücklich auf die gemeinen Rechte, die folglich die einzigen Entscheidungsquellen unserer Frage seyn müssen.

§. 2.

Nach römischem Rechte *a*) mußte freilich in jedem Processe ein iuramentum calumniae generale abgelegt werden, so daß sich die Partheyen selbst diesen Eid nicht erlassen durften, welches letztere aber schon per ius canonicum geändert

ist *b*). Nach deutschen Reichsgesetzen hingegen ist dem richterlichen Ermessen, bei Auflegung eines iuramenti calumniae das Meiste überlassen, so daß der Richter diesen Eid, wenn ihn gleich eine Parthey gefodert, dem Gegentheile, falls er Gründe dazu hat, erlassen kann. Z. B. sagt eine Stelle unserer Reichsgesetze

R. I. N. §. 43.

„wenn es eine Parthey begehret **und es der „Richter darauf erkennet.**"

Unsre Frage kann also mit Recht verneinet werden, in sofern der Richter rechtmäßige Gründe zur Verweigerung des verlangten Eides hat. Mit dieser Behauptung stimmen auch die meisten unsrer ältern und neuern Juristen überein, wovon hier nur einige anzuführen sind. So sagt z. B.

Flörke, in Diss. de iuramento calumniae §. 28.

Satis satisque notum est, iudicis arbitrium ita hodie non circum septum esse, vt pro ratione circumstantiarum nequeat etiam expresse huius iuramenti remissionem indulgere, sicuti nec in R. I. N. §. 43. dicitur, quod ad instantiam partis iuramentum calumniae necessario et indistincte deferri debeat, sed arbitrio iudicis relinquitur, num praestationem huius iuramenti admittere, num reiicere velit, quia expertum habeatur, quod saepius absque vlla causa meraeque vexae et libidinis gratia iuramentum exigatur; Huic itaque libidini circum-

cumſpectus iudex frenum iniicere, et non niſi eo caſu, vbi iuſta calumniae ſuſpicio adſit, praeſtationem huius iuramenti admittere debet.

Gleichen Grundſätzen gemäß, ſagt

Klock in conſiliis vol. III. conſ. 186. nro. 9 ſeq.

Hinc quando alter intentionem ſuam iamiam probauit, aut quando iuſtitiae cauſa ſatis notoria eſt, id quod ex actis et adiectis documentis itemque ex ipſa litis geſtione facile conſtare poteſt, non concedit, vt conſcientia litigantium ſuperfluo iuramento oneretur iuxta tritum illud: nemo ſuperfluo iuramento oneretur; probationis enim claritas excludit ſuſpicionem calumniae.

Mit dieſen beiden ſtimmen überein:

Strauch, in Diſſ. de iuram. calumn.

Hilliger ad *Donellum* L. 24. c. 3. Lit. P. ſub F.

Stryck U. M. ad T. de iurei. §. 31.

Eiusd. praxis forenſis c. 12. §. 4.

Eiusd. notae ad *Brunnemanni* ius eccl. L. II. c. 17. §. 31. verbis: ſufficientem caut. etc. nro. 5.

a) Nov. 49. c. 3. L. 2. C. de iuram. propter calumn.

b) c. 1. pr. §. 1. de iuram. cal. in 6to.

§. 3.

Vor mehren Jahren trug ſich in Hildesheim ein Fall zu, wobei unſre Frage beſonders in Anregung kam. Zwei Brüder hatten durch Schen-

kung unter Lebendigen eine 1717 contrahirte Schuldfoderung überkommen, weil sie aber noch minderjährig waren, wurde die Obligation darüber bei der Justizkanzley zu Hannover niedergelegt, wo sie bei einem im Jahre 1741 entstandenen Brande verloren ging. Nach einer 1743 gerichtlich geschehenen Belosung, worauf aber keine Zahlung erfolgte, wandten sich die Gläubiger 1744 an den Magistrat der Altstadt Hildesheim, als dem foro domicilii des Schuldners, um gerichtliche Hülfe, welche auch durch ein Mandatum de soluendo erfolgte, woran sich aber der Beklagte nicht kehrte. Nun wurde Execution erkannt, jedoch mit Vorbehalt des inzwischen von der hannoverischen Justizcanzley zu extrahirenden Mortificationsscheins. Nachdem Beklagter einige unerhebliche Einwendungen gemacht hatte, wurde auf einem dazu angesetzten Termine der Mortificationsschein produciret, und in contumaciam dies Document pro recognito erkannt, dem Beklagten aber eine Frist zur Beibringung seiner sogleich liquiden peremtorischen Exceptionen verstattet, welche aber erst 1765, nach einer neuen Frist, erfolgte. Nun wurde den Klägern ein iuramentum calumniae durch ein Decret aufgelegt, von welchem diese an das Hofgericht appellirten, wo sie reformatorie von Ablegung des Eides befreiet wurden, weil, wie aus dem vorigen ersichtlich, keine Gründe zur Leistung desselben da waren. Dies Urthel wurde sowohl in der Leuterationsinstanz, als auch zuletzt, nach gestatteter Ausführung der Richtigkeitsquerel, bestätigt.

VII. Rechtsfrage.

Geht bei einem entstandenen Concurse die Frau des Cridars denen, welche noch Ablagen aus den Meyergütern zu fodern haben, den mit einer öffentlichen ausdrücklichen Hypothek versehenen Gläubigern, welche schon des Cridars Vater Gelder vorgeliehen haben, und den ältern Gläubigern, welche, vor der Verheirathung des Cridars, auf dessen Erbgüter Gelder hergeliehen haben, und gehen die älteren hypothekarischen Gläubiger den nach der constituirten Hypothek abgelegten Kindern vor, oder nicht?

---

§. 1.

Es ist der Rechtsanalogie ohnstreitig gemäß:

1) daß die Ablagen von Bauergütern als würkliche Erbgelder zu betrachten sind, welche ein Erbe dem Andern, als den Preis seines Erbantheils aus den gemeinschaftlichen Gütern, heraus-

herauszugeben verspricht; daß also demjenigen, welchem die Ablage zukommt, sein schon habendes Miteigenthum, oder sein ius in re allerdings, bis zur gänzlichen Abfindung und Befriedigung, vorbehalten wird, folglich ganz offenbar derjenige, der die Ablage zu geben hat, bei noch vorhandenem condominio, und iure in re der Miterben, welchen die Ablagen zugesagt und bestimmt, aber noch nicht geleistet sind, ihre Erbtheile, oder die an deren Stelle als Surrogat tretenden Ablagen, ohne deren ausdrückliche Bewilligung, mit einer neuen Hypothekenlast, oder einem sonstigen Vorzugsrechte, nicht beschweren kann, daß vielmehr hier anzunehmen ist, daß die Ablage nehmenden, in Ansehung der Ablagen, wenigstens eben die Vorrechte haben müssen, als etwa die Kinder in Ansehung derjenigen Güter, die sie von der Mutter ererbt, oder woran sie sonst das Eigenthum erlangt haben, wie z. B. bei dem peculio castrensi, quasi castrensi et aduentitio regulari et irregulari;

2) daß diejenigen Gläubiger, welche, vor der Verheirathung des Cridars, auf dessen Güter, **gegen ausdrückliche Hypotheken**, Geld hergeliehen haben, der Frau in Ansehung ihres Brautschatzes und ihres Eingebrachten vorgehen müssen, weil es Pflicht der Frau war, sich vor der Verheirathung nach den Vermögensumständen ihres Bräutigams zu erkundigen, und sie gar leicht alle ausdrückliche Hypotheken erfahren konnte; sie es also

sich

sich selbst allein beizumessen hat, wenn sie hierin zu nachlässig gewesen ist;

3) daß auch diejenigen Gläubiger, welche ein radicirtes ius hypothecae anterius an allen Gütern haben, den jüngern Ablagen allerdings vorzusetzen sind, da ihr Anrecht schon der Zeit nach früher auf den gemeinschaftlichen Gütern ruhete, dessen Erfüllung also den sämmtlichen Miterben schon oblag, mithin jeder Theil der Erbtheil nur cum onere transferiret, der eine Theil folglich davon, inscio et non consentiente creditore, davon nicht befreiet, und die Sicherheit des crediti dadurch nicht geschwächt werden konnte.

§. 2.

Die bewährtesten Rechtslehrer sind auch dieser Meinung. Pufendorf sagt daher in seinen bekannten

Obs. iur. vniu. obs. CIII, de priuilegio pecuniae hereditariae §. 3 et 4.

Zu 1) Sane enim alter cohaeres tunc dominium pro parte ceterorum nondum acquisiuit, adeoque ceteri deinceps denuo partem suam recte vindicant, si cohaeres bonis forte labitur, vt implere contractum non possit — atque idem est dicendum in huiusmodi praediis, quae ex eorum natura vni cohaerendum assignanda sunt, et ex quibus reliqui dotem duntaxat aut alimenta pro hereditaria portione petere possunt, vt in praediis colonariis rusticorum, und

Strube

Strube in den rechtl. Bed. Th. 4. Bed. 106.

Carpzov Part. I. C. I. Def. 56. et seq. et Lib. IV. Resp. 15. et seq.

Brunnemann in Proc. Conc. Credit. Cap. V. §. 21.

stimmen ihm bei.

Zu 2) machen die gründlichsten Rechtslehrer die Auslegung des von Justinian den Eheweibern besonders

(in L. 12. C. qui potiores in pign. hab.)

ertheilten priuilegii praelationis, welches sich auch auf

L. vn. §. 1—15. C. de rei vxor. act.

Nou. 97. c. 2. et Nou. 109. c. I.

stützt, dahin:

daß dies Vorzugsrecht nur auf diejenigen Gläubiger, welche hypothecas anteriores tacitas haben, nicht aber auf die, welche mit hypothecis anterioribus expressis versehen sind, zu erstrecken sey, und zwar zu Folge des überall bei Anwendung dieser Gesetze e iure canonico

c. II. X. de for. comp.

angenommenen Satzes: non ita doti fauendum esse, vt aliis iniuriam faciamus; in Rücksicht dessen schon

Anton. Faber in defin. for. ad Cod. L. IV. T. 8. def. vn.

lehrt:

non vtimur Iustiniani constitutionibus, quae volunt mulierem in dote praeferri cre-

creditoribus omnibus, iam expressam hypothecam habentibus; obtinuit enim sententia *Bulgari:* vt non nisi tacitam habentibus mulier praeferatur. Nam, si debitum praecedat dotis constitutionem, ratio iuris facit, vt potior Creditoris hypothecarii caussa esse debeat, cuius conditio per dotem deterior fieri non magis potuit, quam conditio mariti per creditorem vxoris,

dem auch

Carpzov. in Iurispr. for. P. I. Const. 28. def. 64 et 65.

in den Worten beitritt:

haec opinio communis fere vbique terrarum recepta est, vt si debitum praecedat dotis constitutionem, potior sit caussa hypothecarii expressi, cuius conditio per dotem deterior non magis potuit, quam conditio mariti per creditorem vxoris, ne ius vni quaesitum alterius facto diminuatur,

wie auch

Brunnemann in Comment. ad C. L. VIII. Tit. 28. L. 12. n. 17 seq.

H. C. Senkenberg in Comment. de iure ac priuilegiis dotis illatorumque in Conc. Cred. §. IX. in f. p. 27 et 28.

und viele andere; welchen noch vorzüglich das Zeugniß eines der ersten Rechtslehrer, des

Voetii in Comm. ad ff. L. XII. T. 11 et 20. inf.

hinzukommt in den Worten:

Cum

Cum noſtris moribus alia longe rerum facies in matrimoniis circa commoda et onera et rerum inter coniuges communionem appareat, ac propterea etiam ceſſent illa iura dotium et priuilegii praelationis, ſciendum eſt, tum demum mulierem, de dote repetenda contendentem, recuperare quae contulit, cum omnes mariti creditores dimiſſi ſunt, ſi non pactis dotalibus mulieri de dotis ſecuritate proſpectum et ipſa nominatim dotem ſibi ſaluam pacta ſit; quo tamen caſu ſolis nunc eſſet praeferenda creditoribus mariti hypothecariis, quibus ſtante matrimonio demum hypotheca conſtituta eſt; non vero illis, *qui hypothecam ſpecialem expreſſam* vel legalem habent matrimonio contracto vetuſtiorem,

cf. *Sim. van Leuwen* Conſ. for. P. I. L. I. c. 12. num. 3.

und worauf um ſo mehr zu ſprechen iſt, da der geweſene K. G. Aſſeſſor

Andr. Gailius L. I. obſ. 25. n. 10. bezeugt:

daß von dieſer Meinung bei dem K. R. C. Gerichte nie abgegangen oder abgewichen ſey; auch ſolche ſowohl den geſchriebenen Rechten, als der Vernunft und Billigkeit näher und verwandter hält:

quia (inquit) priuilegium dotis, vxori legis prouiſione datum, non debet excludere prouiſionem hominis et expreſſam

ſam conuentionem, temporis praerogatiua firmatam: alias multi creditores contra bonam fidem inique deciperetur et priuilegium iuris citra iniuriam alterius conceſſum intelligitur; neque doti fauendum eſt, vt aliis iniuriam faciamus.

Zu 4) ſind ebenfalls wichtige Rechtslehrer der Meinung, daß die Gläubiger, welche den Eltern eines Cridarii, gegen ausdrückliche Verpfändung der Güter, Gelder hergeliehen haben, den Geſchwiſtern deſſelben und deren Ablagen vorzuſetzen ſind, weil ihnen das Abſonderungsrecht zukommt, da ihr Anrecht ſchon der Zeit nach früher war u. ſ. w. vid. §. 1.

L. 1. §. 1. ff. de ſeparat.

ſagt deshalben ausdrücklich:

vti enim pater vel mater vel praedeceſſor mariti bona iam tum ex antehabuit, et hypothecae ſuppoſuit, creditor patris vel matris in dictis bonis praeferri debet, per beneficium ſeparationis, et ſi chirographariis fuerit, omnibus creditoribus filii aut heredis, licet maxime priuilegiatis.

cf. *Brunnemann* ad dict. Leg.

Struv. in Exerc. Iur. civ. ad tit. Pand. de ſepar. theſ. 60.

§. 3.

Dennoch wollten in einem gewiſſen vor dem hildesheimiſchen Hofgerichte rechtshängigen Lampenſchen

penschen Concursu creditorum die Anwälde der Frau und der Geschwister des Cridarii diese Sätze durchaus nicht gelten lassen.

Ad 1. 2 et 3. wollte der Anwald der Frau des Cridarii sich hauptsächlich auf die Justinianische Verordnung, welche viele minderwichtige Rechtslehrer befolgt wissen wollen, und darauf stützen, daß diejenigen, welche Ablagen zu fodern gehabt hätten, sich nicht zur gehörigen Zeit gemeldet, also moram in exigendo wider sich, und daß die Creditores anteriores hypotheca expressa muniti die separationem nicht zur rechten Zeit gesucht hätten, und der Anwald der Geschwister des Cridarii stützte sich auf die Ehestiftung des Cridars und deren Inhalt in Betreff der Ablagen. Allein da

a) bekanntlich deshalben, weil Justinian, seiner theuren Ehehälfte zu Liebe, den Frauenzimmern übermäßige Vorzüge zu verstatten sehr geneigt war, diese würklich höchstunbillige Verordnung in pto praelationis dotis nie in foro angenommen worden ist, vid. §. 2. Da

b) sobald das Gesetz keine bestimmte Zeit gesetzt hat, binnen welcher die Ablagen durchaus eingefordert werden sollen, keine rechtliche mora in exigendo existiret, dergleichen Gesetz aber damahls noch nicht vorhanden war, mithin es höchst unbillig gewesen seyn würde, diejenigen, welche wegen des schlechten Zustandes des Hofes qu. mit der Exigirung ihrer Abfindungen aus Mitleiden gewartet hatten, für

diese

diese ihre rühmliche Nachsicht mit dem Verluste ihrer Erbtheile zu bestrafen,

c) Creditores chirographarii nur intra quinquennium die separationem zu suchen haben, nicht aber hypothecarii,

quum aditione hereditatis non sit confusio hypothecarum,

Struv. l. cit.

et heres adiiciendo alios creditores suis, aliis creditoribus praeiudicare potest, sed chirographariis, non hypothecariis,

Brunnemann ad L. 1. D. de separat: n. 6.

d) Vidua filii postponitur creditoribus paternis et chirographariis, nec potest praeferri oneri illi, cum quo res ad maritum peruenit; non enim nisi deducto aere alieno in bona mariti quicquam peruenisse intelligitur,

Mev. Part. 3. Dec. 13. et P. 4. Dec. 178.

Klock Vol. 3. Cons. 120. n. 7.

von Cramers Beiträge Th. 3. Abh. 6. n. 7.

wo ein sehr passendes Beispiel zu finden ist, wie das Kaiserl. R. C. Gericht nach obigen Grundsätzen entschieden habe;

e) Auch besonders noch eine enorme Unbilligkeit dadurch entstehen würde, wenn man die Frau ratione dotis den Creditoribus hypothecariis patris cridarii vorsetzen wollte, indem sie eben dadurch auch allen Geschwistern des

Cri-

Cridarii würde vorgesetzt werden, weil diese letzten offenbar den creditoribus hypothecariis, die ihrem Vater Geld hergeliehen haben, nachstehen, vid. §. 2. so wurde auf das ganze Vorbringen der Anwälde nicht weiter geachtet, und es bei dem nach den im 1ten §. angegebenen Gründen gesprochenen Urthel gelassen. Die creditores paterni wurden iure separationis der Frau und den Geschwistern des Cridarii, und diese letztern, so wie die, qui ante nuptias cridario crediderant, wiederum der Frau, intuitu dotis et illatorum, vorgesetzet.

VIII.

VIII. Rechtsfrage.

Ob und in wiefern ein Bürge, in Rücksicht der von einem insolvent gewordenen Hauptschuldner zu prästirenden vsurarum morae et rei iudicatae, haften müsse?

§. 1.

Es ist ein unbezweifelter Satz: daß ein Bürge *in omnem causam*, auch alle Gattungen von Zinsen entrichten müsse, welche der Hauptschuldner zu bezahlen verpflichtet war.

Voetius ad ff. L. 46. T. I. §.

Lauterbach in coll. theor. pr. eod. §. 29.

Eine solche fideiussio in omnem causam wird, nach dem Zeugnisse mehrer Rechtsgelehrten,

Leyser sp. 524. m. 6.

I. L. Schmid, de fideiussore plane non obligato S. 2. c. 1. §. 51.

und nach der Natur der Sache, dadurch unter andern bewürkt, daß sich der Bürge **als Selbstschuldner** verpflichtet.

Da

Da man bei der Bürgschaft, wie bei andern Verträgen, weil wir keine negotia stricti iuris mehr haben, mehr auf die Meinung, als auf die Worte der Contrahenten sehen müssen, so entsteht aus allen Bürgschaften, aus deren Worten man erkennen kann, daß der Bürge sich **als Selbstschuldner** verpflichten wollen, eine wahre *fideiussio in omnem causam.*

§. 2.

Im Jahre 1689 verbürgte sich Jemand für die rückständigen Pachtgelder eines Pächters im Hildesheimischen in folgenden Ausdrücken:

„Er wolle auf den säumhaften Fall an des „debitoris Stelle treten, und das iudica„tum für ihn bezahlen."

Da der Pächter insolvent wurde, und sich sogar unsichtbar machte, belangten die, welche das Pachtgeld zu fodern hatten, den Bürgen. Der weitläuftige Proceß, welcher hierüber entstand, wurde 1771 durch ein Cammergerichtsurthel, in Absicht der Hauptforderung entschieden, und auch würklich zur Execution gebracht. Nun traten die Erben des Verpächters, zu deren Vortheil der Proceß entschieden war, auch mit einer Zinsenforderung gegen die Erben des Bürgen auf, indem sie von 1691–1724, vsuras morae, und von da an vsuras rei iudicatae forderten.

Den im §. 1. aufgestellten Principien gemäß, war diese Forderung sicher gegründet; denn

1) sind die Ausdrücke: **an des Schuldners Stelle treten zu wollen**, und: **sich als Selbstschuldner verbürgen**, völlig gleichbedeutend, die Absicht des Bürgen also, fideiussor in omnem causam zu seyn, deutlich.

Schmid l. c.

2) Völlig wird diese Behauptung durch den Zusatz des Bürgen: **daß er das** *iudicatum* **bezahlen wolle**, erwiesen, denn das Corpus iuris

L. 54. pr. D. loc. cond.

selbst sagt ausdrücklich, daß, wenn ein Bürge das zu prästiren verspricht, in quantum illum condemnare ex bona fide oportebit, er sich zu einer obligatione in omnem causam, mithin auch zur Bezahlung der Zinsen verpflichtet habe.

Osii Aurelii Dispunctor ad Merillium, dispunct. 23.

Everh. Ottonis Thesaur. iur. rom. T. 3. pag. 753 sq.

Die Sache wurde inzwischen durch einen billigen Vergleich, unter Vermittlung des Referenten, im hiesigen Hofgerichte beigelegt.

IX. Rechtsfrage.

Erhält ein Gläubiger, der eine Privathypothek hat, durch die gerichtliche Immission in dieselbe durch ein Decret, eine öffentliche Hypothek?

Es ist eine richtige, allgemeine Rechtsregel: daß Hypotheken, die sich auf ein Instrumentum publice confectum gründen, den Privathypotheken vorgehen,

L. 11. C. qui potior. in pignore.

Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis (scil. priuatis) vindicare quis sibi contenderit; eum qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi (decernimus) etiamsi posterior is contineatur.

Allein diese Regel leidet in dem in Frage stehenden Falle aus folgenden Gründen eine Ausnahme,

1) weil die Gesetze diese Ausnahme ausdrücklich machen,

L. 2. 3. C. qui potiores in pignore,

L. 3. C. vt in possess. legatorum.

diese

diese Gesetze auch durch das oben allegirte spätere Gesetz nicht aufgehoben sind, indem selbst die Veränderung einer Regel die Ausnahmen nicht aufhebt,

cf. *Pufendorf* T. 4. obs. 13. §. 1.

zumahl, wenn

2) wie hier der Fall ist, der Grund des die Regel gebenden Gesetzes nicht zutrift, welcher ist: Betrügereien zu verhindern, die aber bei Privatschuldverschreibungen, worauf Immission erfolgt, so gut Statt finden können, als bei solchen, wo diese nicht erfolgt;

Pufendorf T. I. obs. 197.

Vinnius in sel. qu. L. 1. c. 2.

3) weil zur Bestellung einer hypothecae publicae die Einwilligung des Schuldners durchaus nöthig ist.

Pufendorf l. c.

Leyser Sp. 229. med. 2.

Harprecht in diss. de pignore publ. §. 5. N. 32. In diss. eius iunctim editis. Vol. I. p. 1081. in f.

4) Es stimmen hiermit auch die bewährtesten Rechtslehrer überein, z. B.

Voet ad ff. L. 20. T. 4. §. 28.

Lauterbach in coll. th. pr. Lib. 4. Tit. 20. §. 10.

Struve in syntagm. iur. civ. exerc. 26. §. 28. Exerc. 44. §. 52 und 54.

Meyer, in collegio Argentoratensi L. 20. T. 4. §. 3.

Ludolf, in symphor. consult. T. I. cons. 43. p. 1157.

Berger in elect. disceptat. pag. 1638. 1639. nota 3.

Sam. Stryk in notis ad Brunnem. praelect. de process. concursus credit. ad c. 2. §. 6. et ad c. 5. §. 54.

Diesen Grundsätzen gemäß, hat auch das Hochfürstlich-Hildesheimische Hofgericht ein demselben entgegenlaufendes Untergerichtsurthel reformiret.

X. Rechtsfrage.

Was hat die nicht realiter geschehene Immission eines debitoris hypothecarii für Würkungen, wenn das Gut, worin er immittirt wurde, vom debitore veralieniret worden, und darauf Concurs entstehet? und welche Rechtsmittel hat in solchem Falle der Immissus?

§. 1.

Es leidet keinen Zweifel, daß der Schuldner, in dessen Güter der Gläubiger eingesetzt ist, diese Güter ohne Nichtigkeit nie veräussern könne; selbst dann nicht, wenn er noch im Naturalbesitze ist, die Einsetzung des Gläubigers aber noch nicht vollzogen, sondern nur der Gläubiger für eingesetzt erklärt ist, weil demselben das Interdictum retinendae possessionis, und auch allenfalls, nach Beschaffenheit der Sache, die actio spolii zustehet,

Stryk de cautelis contractuum S. 1. C. 5. §. 24.
Mevius P. 3. D. 302. N. 6. 7.
Lauterbach in coll. th. pr.

L. 19. T. 2. §. 16.

Leyser Sp. 219. med. 7.

Besonders auch deswegen, weil sogar bei dem bloßen Constituto possessorio, selbst gegen den constituentem, ein Interdictum retinendae possessionis Statt findet.

v. Cramers Nebenst. P. 11. p. 31. in f. et p. 62. in f.

Ant. Faber, in Cod. L. 7. T. 7. Def. 29. et 39. Nro. 9.

Dan. Clasenius, in diss. de constit. poss. C. 6. §. 3.

Stryk l. c. et S. 2. c. 4. §. 19.

§. 2.

Entstehet nun der Concurs, so ist der debitor immissus nicht verbunden, die bona, in qua immissus est, sogleich heraus zu geben, und an die Masse zu liefern, sich selbst aber, seiner Ordnung nach, classificiren zu lassen; sondern er bleibt so lange im Besitz und Nutznießung der Güter auf Abschlag des Capitals und der Zinsen, bis erwiesen ist, daß ältere Gläubiger aus dem übrigen Vermögen des Schuldners ihre Befriedigung nicht erhalten können.

cf. *Pufendorf* T. 3. obs. 60.

wo es heißt: In concursu creditorum etsi communio bonorum, a debitore possessorum, inter creditores inducitur, tamen ius et possessio, quam quis antea habuit, nemini aufertur. Si quis itaque creditor ante motum con-

concursum iure pignoris vel alio reali res debitoris tenuit, in ea possessione defendendus est, donec potiores creditores appareant, qui ex massa bonorum suum non recipiant; adeo vt proprie a potioribus creditoribus, non item a curatore bonorum, nisi illorum nomine, conueniendus sit.

XI. Rechtsfrage.

Darf jemand, wenn er eidlich erhärtet, daß er mit seiner Ehefrau nicht concumbirt habe, seine Stieftochter heirathen — und ist solcher Eid zulässig?

M. zu F. im Hochstifte Hildesheim bat bei dasigem Consistorio A. C. um Dispensation zur Eingehung der Ehe mit seiner Stieftochter, der rechten Tochter seiner kurz vorher verstorbenen Ehefrau. Sein sehr geschickter Sachwald, A. C. stellte die Sache so vor: M. habe seit einigen Jahren sich um die älteste Tochter des Krügers K. in F. beworben; ihr Vater habe ihn aber ersucht, sich noch zu gedulden, weil er und seine Frau sehr schwächlich wären und ihrem Tode entgegensähen. K. habe ihm nachher die Versicherung gegeben, daß er seine Tochter heirathen solle, und sey darauf bald verschieden. Froh habe er nun der Erreichung seines Wunsches entgegen gesehen, aber die Mutter, der ihm Bestimmten, sey, von dritten Personen überredet, auf die Idee gekommen, die Wirthschaft und Haushaltung noch nicht abzutreten, sondern selbst wieder heirathen zu wollen. Sie habe wohl gewußt, daß er von ihrem ver-

stor-

storbenen Ehemanne die Einwilligung erhalten habe, die Tochter zu heirathen; daher er auf alle Weise beredet worden, die Mutter, statt der Tochter, zur Frau zu nehmen. Er habe sich, nach oft wiederholten Bitten und Vorstellungen, endlich dazu verstanden.

Die Verlobung und Copulation wäre nun äusserst beschleunigt worden. Schon am Tage der Copulation sey seine Frau mit einer schon oft gehabten Krankheit befallen worden, die den ehelichen Beischlaf bis ans Ende verhindert habe; sie habe acht Tage krank gelegen, und sey darauf verschieden.

Die junge K. habe er stets geliebt, er liebe sie noch, daher jetzt mehr als jemahls der Wunsch bei ihm erwache, sie nun heirathen zu dürfen. Nur dritte Personen wären daran Schuld, daß er eine unglückliche Verbindung mit ihrer Mutter eingegangen, und der Wunsch seiner Geliebten entspräche ganz dem seinigen.

Er wolle auf Befehl auch eidlich erhärten, daß er sich mit der Mutter nie fleischlich vermischt habe.

Der Bescheid darauf lautete:

daß des Krügers M. ganz unstatthaften Gesuche nicht Statt gegeben werden könne. Decretum in Consistorio H. den 11ten Jun. 1795.

Auch erging an das Gericht W. ein zweckmäßiges Mandat. (Anl. A.)

Hiervon leuterirte M.

Ueber den Umstand, daß er sich mit der Wittwe K., seiner Frau, nicht fleischlich vermischt habe, legte er zwei Atteſtate bei, eines von dem Doctor B. (Anl. B.), das andere von dem Prediger des Ortes, K. (Anl. C.) woraus die Unwahrscheinlichkeit, daß jenes geschehen, zu ersehen sey. Dann ein Gutachten eines angesehenen und sehr verdienstvollen Gottesgelehrten, des D. und S. C. allhier. (Anl. D.)

Da es also bei der Ehe blos Vertrag geblieben, diese Ehe aber nie vollzogen worden sey; so sey sie von dem menschlichen Richter als gar nicht vorhanden anzusehen, da nur das, was letzterer vorgeschrieben, dabei beobachtet sey. Affinität sey unter ihm und seiner Frau nicht entstanden, weil dazu Beischlaf und seminis immissio erforderlich; ein Impediment existire daher nicht, weshalb zu dispensiren wäre; eine nur scheinbare, nicht wirkliche Affinität, könne zu der Abschlagung der Dispensation nicht Grund abgeben. Dazu möchte es rathsamer seyn, sie zu geben, und, da beide Theile sich so sehr und so lange liebten, ihnen zu erlauben, das Band ihrer unauslöschlichen Liebe durch eine gesetzmäßige, Gott gefällige Verbindung zu knüpfen, als ihnen Mittel und Wege zu Befriedigung ihrer gereizten Leidenschaften unerlaubter Weise übrig zu lassen. Mehrere K–sche

Ge:

Geschwister seyen überdas da, die Unterstüzung bedürften; beide Verlobte wären bereit, sie ihnen zu leisten, wenn sie die Erlaubniß erhielten, sich ehelichen zu dürfen, — sonst blieben diese Kinder ohne Unterstüzung, ohne Versorgung, und die Haushaltung würde zerrüttet.

Verschickung der Acten an eine auswärtige Juristen-Facultät zur Abänderung des vorigen Bescheides wurde dabei gesucht.

Am 5ten August 1795 wurde das sub D a beifolgende Decret darauf vom Consistorium erlassen, und zwar auf das Votum des ersten geistlichen Raths S., (Anl. E.) und zugleich das Mandat an den Pastor des Ortes K. (Anl. F.)

Hiervon leuterirte M. von neuem und bat nochmals: die Acten an eine auswärtige Facultät A. C. zu verschicken; worauf das Decret (Anl. G.) einstimmig beliebt wurde.

Die Urthels-Frage ist sub Lit. H. ersichtlich.

Das Urthel der Leipziger Juristen-Facultät zeigt die Anl. I. und das Urthel der theologischen die Anl. K.

Darauf erging das Decret an M. (Anl. L.)

Gegen das Decret wurde wiederum die Leuterung nebst Nullitäten-Querel eingelegt, auch zur Rechtfertigung mehrmahls Frist gebeten.

Nun

Nun ereignete sich ein ganz besonderer Vorfall. Das Freiherrlich von Steinbergsche Gericht zeigte nemlich im November 1795 an, daß M. sich mit seiner Stieftochter von dem Pastor M. zu H. wirklich habe copuliren lassen, und darüber bei dem Gerichte einen Trauschein vom 29ten October producirt, auch die Justine K. wieder zu sich genommen habe; daher dasselbe die Sache zu weiterer Verfügung des Consistoriums vorstelle.

Dies veranlaßte das Annullations-Decret, (Anl. M.) das Requisitionsschreiben an die hiesige Regierung, (Anl. N.) und Rescript an den Magistrat der Neustadt. (Anl. O.)

Das adliche Gericht vollstreckte auch, da es ihm mandirt war, sofort die Separation der beiden Personen, und nun ruhete die Sache bis zum 27ten März 1797, da M. einen neuen Advocaten annahm, um Einsicht der Acten nachsuchte, und den 4ten May eine neue Vorstellung und Gesuch um Dispensation zu der Ehe mit der Justine K. bat, aber den 30ten Junii v. J. den sub Lit. P. anliegenden Bescheid erhielt.

Dawider wurde von neuem Leuterung eingelegt und selbige weitläuftig justificirt, auch um Verschickung der Acten an eine unpartheyische Universität gebeten.

Die Transmission wurde gestattet, und es erfolgte das Urthel (Anl. Q.) von der theologischen,

schen, und das Urthel (Anl. R.) von der Juristen-Facultät zu Göttingen.

Diesen von beiden Facultäten in der Sentenz vorgeschriebenen Eid stattete M. den 14ten Sept. ab, worauf nachgehends unter demselben Dato das Decret (Anl. S.) erlassen wurde. Auch wurde dem adelichen Gerichte dieser Bescheid den 16ten dess. M. kund gemacht. —

Der Fall scheint mir so wichtig, und so selten, (vielleicht ist er einzig) daß ich ihn umständlich, und mit den vorzüglichsten Actenstücken angeführt habe.

A.

Schreiben an das adliche Gericht Wispenstein.

Unsern rc.

Aus dem angeschlossenen Decreto ersiehet derselbe, was wider den Krüger Mollenhauer zu Förste und seine Stieftochter Justine Karmann erkannt worden ist: Wir begehren daher Namens Sr. Hochfürstl. Gnaden, U. G. F. und Herrn an denselben, für Uns freundlich gesinnend, im Fall der Krüger Mollenhauer zu Förste seine älteste Stieftochter Justine nach Ablauf des in Decreto nothwendig gehaltenen termini von sich nicht entfernt haben sollte, diese Separation durch gerichtliche Zwangsmittel sofort zu verfügen, und davon zu berichten. Wir sind rc. Geben in Consistorio, Hildesheim den 20ten October 1795.

Hochfürstl. rc. rc.

An
Herrn von Steinberg
als Gerichtsherrn zu Wispenstein.

Den 22ten October 1795 an das adliche Gericht Wispenstein insinuirt.

Look,
Consistor. Bote.

B.

Auf Verlangen des Krügers Friderich Mollenhauer, wohnhaft in Förste im freyherrlichen Gerichte Wispenstein, bezeuge ich, daß dessen verstorbene Ehefrau, deren Gesundheits-Umstände seit mehreren Jahren nicht die besten waren, mit einer galligten Brustentzündung, welche ihr Leben endigte, befallen wurde, ehe und bevor ihr Ehemann, benannter Friderich Mollenhauer von seiner, noch vor der Trauung ihm zugestoßenen Krankheit sich noch nicht einmahl völlig wieder erholet hatte, welches ich hiermit als Medicus curans der Wahrheit gemäß bezeuge, und durch meines Namens Unterschrift versichere.

Alfeld, den 28ten Junius 1795.

(L. S.) **Werner Frid. Buddeus,**
der Arzneywissenschaft Doctor, Stadt- und Amts-Physicus.

C.

Auf Verlangen des Krügers Joh. Fr. Mollenhauers hieselbst, hab ich in dessen Dispensationsgesuch mit Beziehung auf den an des Herrn Consistorialrath Illing Hochwürden abgegebenen Bericht, von der Sache folgendes attestiren wollen:

1) daß die verstorbene Frau sowohl bei Lebzeiten als nach dem Tode ihres ersten Mannes verschiedene bösartige Krankheiten überstanden und Kenner ihr wegen geheimer Uebel, auch nach geschehener Herstellung, kein langes Leben zutraueten;

2) daß Mollenhauer selbst am Tage der Copulation mit der Frau schon krank und auf 6 Tage bettlägerig geworden, mithin alle eheliche Beiwohnung höchst unwahrscheinlich;

3) daß während dieser des Mannes Krankheit die Frau schon wieder mit dem tödtlichen Brustfieber befallen sey, daran sie denn in Kurzem verschieden. Dieses alles habe ich, weils der Wahrheit gemäß, hier mit meines Namens Unterschrift attestiren wollen.

Förste, den 11ten Julii 1795.

(L. S.) J. C. Krukenberg,
Pastor daselbst.

D.

Großen Solschen am 16ten Julii 1795.

Wohlgebohrner Herr,
Hochzuehrender Herr Landsyndicus!

Der Fall, den Ew. Wohlgebohrnen mir vorzulegen belieben, gehöret gewiß unter die sonderbaren und äußerst seltenen. Sie fragen: „ob die Ehe in dem vorgelegten Falle nach den Grundsätzen der christlichen Religion, wie sie von den Evangelischen angenommen wird, zuläßig sey?" – Man muß hier nothwendig zuerst festsetzen, was nach der Lehre Jesu und der Apostel eigentlich das Band der Ehe knüpfe. Das thut nicht priesterliche Einsegnung, oder irgend ein von der Kirche oder vom Staate festgesetzter Gebrauch. Denn 1) dergleichen ist nirgends im N. T. angeordnet, noch weniger befohlen; 2) die Gebräuche selbst sind in christlichen Ländern sehr verschieden. Vielmehr 3) ist es außer Zweifel, daß nur fleischliche Vermischung (copula carnalis) das Band der Ehe knüpft. Daher wird 1 Cor. 6, 16. gesagt: „Wer an der Huren hanget, der ist Ein Leib mit ihr," und es wird daraus hergeleitet, daß jeder, der sich mit einer Person des andern Geschlechts fleischlich vermischt hat, dem Gewissen nach mit ihr verbunden und sie zu ehelichen schuldig sey, daß selbst in dem Falle, wenn sie eine unzüchtige Person ist, sogar eine solche, die Mehreren für Geld ihren Körper Preis gegeben.

Was bürgerliche Verfügungen hie und da, weise oder unweise, hiezu für Zusätze gemacht, oder für Abänderungen getroffen haben, geht uns da nichts an, wo bloß die Frage ist von **Zuläßigkeit an sich** nach der Lehre Jesu und der Apostel.

Mollenhauer ist mit der W. Karremann durch priesterliche Einsegnung verbunden gewesen, so daß sie, bürgerlich betrachtet, seine Frau **war**, und christlich betrachtet, es **werden konnte**. Hätte sich aber bey ihr völlige Untüchtigkeit zur Ehe gefunden, wäre Erfüllung der Zwecke der Ehe bey ihr gar nicht möglich gewesen, so leidet es keinen Zweifel, daß die Verbindung hätte können annullirt, das ist, **als nichtig** aufgehoben werden. Daraus erhellet hinlänglich, daß nicht die priesterliche Einsegnung, oder der außerliche bürgerliche Gebrauch, die **wahre** Eheverbindung macht, sondern daß Erfüllung der Zwecke der Ehe dazu erforderlich ist, und daß fleischliche Vermischung, selbst nach dem, wie Consistorien immer darüber urtheilen, das eigentliche Band der Ehe knüpfe. Nun hat Mollenhauer sich, nach dem, was der Arzt und der Prediger bezeugen, nicht wohl mit der W. Karremann vermischen können, weil er bey der Copulation krank gewesen ist, und sie, noch ehe er genesen, ja nur vom Bette aufgekommen ist, aufs Todtenbette gekommen. Eine **Möglichkeit** bleibt hier freilich. Aber da es höchst unwahrscheinlich ist, so scheint ein Eid hier als Suppletorium zuläßig zu seyn, zumal wenn Mollenhauer nicht den Vorwurf eines schlechten, lüderlichen und gewissenlosen Menschen auf sich hat.

Zwar scheint 3 Mos. 18, 17. ihm gerade entgegen zu stehen. Aber 1) die mosaischen Gesetze überhaupt sind nicht **als solche** für Christen verbindlich, weil Jesus das ganze mosaische Gesetz aufgehoben und abgeschafft hat, (Tempel, Opfer, Beschneidung ꝛc.) wie der Brief Pauli an die Galater und Colosser, anderer Stellen nicht zu gedenken, ergeben; (man sehe nur Gal. 5, 1. ff. Col. 2, 16. ff.) sie verbinden also **in keinem Falle nach dem Gewissen**, sondern sie haben nur äussere Gültigkeit, wenn und in so fern sie ihnen das geltende positive Recht beylegt, wie das römische Recht bey uns als bürgerliches Recht gilt, nicht, weil es römisches Recht ist, sondern weil es als Recht bei uns eingeführt ist.

Hieraus ergiebt sich, daß die Stelle 3 Mos. 18, 17. hier nicht als für das Gewissen entscheidend, und also nicht als der christlichen Obrigkeit gebietend **an sich** kann angesehen werden.

2) Sollte aber auch nach der besagten Stelle gerichtet, und geurtheilt werden, daß die Ehe, welche Mollenhauer sucht, unzuläßig sey, so müßte doch eigentliche Eheverbindung, (copula carnalis) nicht bloß ein ritus ecclesiasticus, der nicht das essentiale, sondern bloß ein accidentale matrimonii betrifft, Statt gefunden haben. Wenn die aber nicht Statt gefunden hat, und Karremanns Tochter in Rücksicht des Mollenhauers völlig eine fremde Person ist, so läßt sich nicht absehen, warum ihm die Gewährung seiner Bitte um Erlaubniß abgeschlagen werden **müßte**.

Das Consistorium kann also ohne Bedenken dispensiren, da die Religion Jesu von verbotenen Graden ohnehin nichts weiß, mit keinem Worte etwas davon berührt, — und Ehe überhaupt, vorzüglich aber in unsern Tagen, auf alle Weise befördert werden muß, und endlich von der Gestattung der Ehe in dem vorliegenden Falle auf keine Weise Schaden zu fürchten ist.

Ew. Wohlgebohrn werden gütigst die paar Flecken verzeihen und die Eilfertigkeit der Hand. Hochachtungsvoll und ergebenst.

D. Cludius.

D. a.

Auf die von dem Krüger Fr. Mollenhauer am 22ten huius übergebene Notificatio et Justificatio Leuterationis ist der Bescheid:

daß es, auf geschehene collegialische Berathschlagung, bey dem abschläglichen und gesetzlichen Decrete vom 11ten Junii l. J. sein lediglich Bewenden habe, so wie auch dem Gesuche um Verschickung der Acten, bey den unanimen Meinungen der Glieder dieses Collegii, in dieser Dispensations- und sich aus einem klaren Landesgesetze, nemlich der hiesigen Kirchenordnung pag. 272 entscheidenden Sache, und zwar, in Rücksicht des letzten Moments, zu Folge hiesiger Hofgerichtsordnung Tit. 29. §. 3., nicht zu deferiren stehe.

Uebrigens wird, aus bewegenden Ursachen, dem Supplicanten und zwar bey 20 Gfl. Strafe anbefohlen, seine Stieftochter, binnen 8 Wochen von sich zu entfernen; auch ist, cum acclusione huius Decreti, dem Ehren Pastor Krukenberg zu Föhrste aufzugeben, darüber zu vigiliren, ob der Krüger Mollenhauer, innerhalb der vorgeschriebenen Zeit, seine Stieftochter von sich entfernt habe, und, falls dieses nicht geschehen, darüber ungesäumt anhero zu berichten. Decretum in Consistorio Hildesheim den 5ten August 1795.

Hochfürstl. ꝛc.

den 10ten Aug. 1795. an Hrn. Synd. Cromen insinuirt

Guden C. P.

E.

Votum das Mollenhauersche Dispensationsgesuch betreffend.

Auf das den 11ten Junii l. J. gegebene abschlägliche Decret übergiebt Mollenhauer den 22ten ej. die Leuterung mit 4 Beylagen, davon Nr. 1. das Notariat-Instrument, Nr. 2 und 3. die Atteste des Arzts und Predigers und Nr. 4. ein Gutachten des Herrn D. Cludius enthält; und bittet, acta an eine auswärtige Juristen-Facultät zu verschicken, sodann aber mit Aufhebung obigen Decrets die Zuläßigkeit seiner Ehe mit der Karremannischen Tochter zu erkennen. Die Gründe seines Gesuchs sind diese:

1)

1) Sey es nach den Zeugnissen Nr. 2. und 3. höchst unwahrscheinlich, daß er durch den Beyschlaf mit seiner verstorbenen Frau die Ehe consumirt habe, und erbiete er sich, daß solches nicht geschehen sey, eidlich zu erhärten.

2) Bezieht sich Anwald wegen der Frage: ob das Consistorium nach evangelischen Grundsätzen die Dispensation zu ertheilen ermächtiget sey, auf das theologische Gutachten des Herrn D. Cludius Nr. 4.

3) Sucht derselbe aus dem kanonischen Rechte zu erweisen: daß die Affinität, welche der gesuchten Dispensation einzig im Wege stehe, nur aus dem vollzogenen Beyschlafe entspringe.

4) Glaubt er dieß Gesuch noch besonders durch die Anzeige befördern zu können: daß Mollenhauer mit der Karremannschen Tochter schon seit einigen Jahren gewissermaßen verlobt gewesen; beyde sich sehr lieben und es also rathsamer sey: ihnen zu gestatten, das Band ihrer Liebe auf eine gesetzmäßige Art zu vollziehen, als ihnen die Mittel übrig zu lassen, ihre gereizte Leidenschaft auf eine unerlaubte Art zu befriedigen.

Die Beschaffenheit dieses Gesuchs mit den Gründen dafür gehörig zu prüfen, wird nun die Zuläßigkeit 1) der qu. Ehe überhaupt, 2) der Eidesleistung, über die nicht geschehene Vollendung der Ehe mit der Witwe Karremann, und 3) die gebetene Acten-Verschickung zu untersuchen seyn.

1) Ohne in die allgemeine Erörterung der Frage hineinzugehen: ob die Ehegesetze Lev. 18. uns

uns Christen verbinden, welche in der Beylage Nr. 4. zwar verneint; aber der Kürtze wegen mit zureichender Gründlichkeit aufgelöset werden konnte, bemerkt man bey der gesuchten Dispensation gleich solche Gründe, welche auch ohne Rücksicht auf jene Verbindlichkeit jede christliche Obrigkeit, um der daraus entstehenden Folgen willen, von ihrer Ertheilung abschrecken müssen; so lange ihr noch die Sicherheit der Ehen und Bewahrung der Unschuld in Erziehung der Stieftöchter wichtig bleibt, als welches beides der größten Gefahr ausgesetzt wird, sobald auch nur durch Ertheilung einer Dispensation zur Ehe des Vaters mit seiner Stieftochter die Begriffe von Blutschande bey dem vertraulicheren Umgange unter Beiden in den Gemüthern verlöschet werden, und beyden Personen nun nichts weiter im Wege steht, als das Leben der Frau und Mutter, um ihre gereizte Leidenschaft unter Begünstigung der Obrigkeit, ohne weitre Vorwürfe ihres Gewissens und der religiösen Gesellschaft, darin sie leben, zu befriedigen.

S. Michaelis von Ehegesetzen §. 126. p. 350.

Daher denn auch bey aller überhandnehmender Gelindigkeit in Auslegung der verbotenen Ehegrade, meines Wissens, noch keine evangelische Obrigkeit in diesem Falle dispensiret hat, und scheint auch selbst der Anwald nicht sowohl auf die Zulässigkeit der Ehe an sich, als darauf zu rechnen, daß die Ehe mit der sel. Witwe Karremanns nicht durch den Beyschlaf von Mollenhauer vollendet worden sey.

2)

2) Da dessen Anwald die Schwäche des Beweises selbst fühlt, welcher aus den beygebrachten Zeugnissen, Nr. 2 und 3. für den nicht geschehenen Beyschlaf hergenommen werden soll, erbietet sich Mollenhauer eidlich zu erhärten: daß er sich nie mit der Witwe Karremanns fleischlich vermischt habe.

Hiebey aber scheint dessen Anwald gar nicht zu bedenken, wie eben durch die Vorstellung, welche in der Leuterung von der Liebe und gereizten Leidenschaft des Supplicanten gemacht wird, beym Consistorio gerechte Furcht des Meineides im hohen Grade erregt werden muß; da ein äußerst seltener Grad von Selbstverläugnung dazu erfordert würde, wenn Supplicant, nachdem die Sache einmal so weit gediehen ist, noch vor der Eidesleistung die Vollendung der Ehe mit der Witwe Karremanns eingestände, dafern er sich solcher bewußt ist; eben darum aber nicht wenig zu besorgen ist, er werde jener ungestümen Leidenschaft und den damit verknüpften irdischen Vortheilen lieber sein Gewissen aufopfern, als die Wahrheit ganz und reine entdecken. Wie es denn, auch bey einem übrigens unbescholtenen Lebenswandel dennoch von seiner Gewissenhaftigkeit nicht den vortheilhaftesten Begriff macht, daß er die Karremannsche Tochter, womit er nach Angabe der Leuterung schon seit einigen Jahren gewissermaßen verlobt war, fahren ließ, und derselben ihre alte kränkliche Mutter vorzog, von welcher Unbeständigkeit sich schwerlich ein edler Bewegungsgrund angeben lassen wird.

Schon damals wäre indeß nach U. K. Ordnung seine Ehe mit der Witwe Karremanns unzuläßig gewesen, dafern anders dessen Verlobung mit der Tochter nicht, wie die Leuterung sagt, **gewissermaßen**, sondern öffentlich und vor Zeugen geschehen wäre. Denn eben darum erfordern die weisen Gesetze unserer christlichen Vorfahren bey einer für Kirche und Staat so wichtigen Verbindung, als die Ehe ist, in die Augen fallende und vor mehrern Zeugen zu verrichtende Gebräuche der Verlobung und Trauung, damit alle Ehegesetze nicht der Willkühr und Convenienz einzelner Personen und Familien überlassen, noch durch ein Vorgeben zerrissen werden mögten, worüber, wie hier der Fall ist, nach eigenem Geständniß des Anwalds, sich schwerlich ein klarer Beweis beybringen läßt.

In U. K. Ordnung p. 272. ed. 1615. wird also bey dem Verbot der Ehe eines Vaters mit der Stieftochter nach öffentlicher **Verlobung** des einen Theils, aus Besorgniß menschlichen Leichtsinns; um so vielmehr aber nach der **Trauung** aus billigem Vertrauen auf einen Grundtrieb menschlicher Natur die Ehe als wirklich auch bald darauf consumirt vor Gerichten in vorliegendem Falle angenommen; und soll keine Einrede dagegen um deswillen Statt finden, weil sich über den vollzogenen Beyschlaf, dafern keine Schwängerung erfolgt, nicht leicht ein klarer Beweis führen läßt, und wenn solches durch Eidesleistung zu ergänzen vergönnt wäre, die Kraft solches Eheverbots nur der Gewissenlosigkeit Preis gegeben würde. Aus welcher Ursache denn auch bey völ-

liger Untüchtigkeit zum Beyschlafe, wodurch die Ehe nichtig wird, der Beweis keineswegs durch eidliche Aussage selbst beider getrauten Personen, sondern allein durch Besichtigung vom Arzte hinreichend geführt werden kann.

3) Da nun aus diesen Gründen dem Decrete vom 11ten Jun. schlechterdings zu inhäriren, auch darin wohl kein dissensus membrorum Collegii zu erwarten ist; wäre noch die Frage übrig: ob die gebetene Actenversendung zu bewilligen sey, wie solches bey dem Dispensationsgesuche des Math. Fuest in Dörnten 1786. geschehen ist.

Da aber damals bey der Frage über die Zulässigkeit der Ehe mit des Vaters-Bruders-Witwe anfangs nicht alle Glieder des Consistorii einstimmig votirten; überdem auch die Helmstedtsche Urthel, welche die Frage bejahend entschied, zugleich erkannte: daß dennoch die Dispensation ihrer Natur nach dem Willen des Consistorii überlassen bliebe, und Supplicanten sich durch Versagung derselben nicht beschwert achten könnten; so halte dafür: daß im vorliegenden Falle die transmissio als vergeblich und unstatthaft abzuschlagen; zugleich aber wegen der vom Anwalde angezeigten Gefahr eines sträflichen Umganges des Supplicanten mit seiner Stieftochter, die Verfügung zu machen seyn wird, daß er dieselbe etwa binnen 8 Wochen von sich entferne.

C. D. S.

F.

Mandatum für Ehren Pastor Krukenberg zu Förste.

Hiemit wird Ehren Pastor Krukenberg zu Förste, Copey des auf das Dispensationsgesuch des Krügers Mollenhauer zu Förste heute abgegebenen Decreti communiciret, und demselben aufgegeben, darüber zu vigiliren, ob besagter Krüger Mollenhauer innerhalb der vorgeschriebenen Zeit seine Stieftochter von sich entfernet habe, **und falls dieses nicht geschehen**, darüber ungesäumt anhero zu berichten. Decretum in Consistorio, Hildesheim den 5ten August 1795.

Den 12ten August 1795. an Herrn Pastor Krukenberg insinuirt

Look,
Consistor. Bote.

G.

In der Dispensations-Sache des Krügers Mollenhauer ist auf dessen leuterirende Vorstellung vom 19ten v. M. abermals einstimmig die Indispensabilität des vorliegenden Falles heute in Pleno erkannt, jedoch davor gehalten worden, daß zur Beruhigung des andringenden Clienten und zu Vermeidung mehrerer Weitläuftigkeiten, welche die fernere Denegation der Actenverschickung veranlassen möchte, diese um so mehr wohl zu verstatten sey, da die löbliche Juristen-Facultäten, wenn sie auch solche Fälle in weit minderem Grade für dispensabel achten, dennoch die Ertheilung der Dispensation selbst dem Collegio vorbehalten, wie solches noch aus dem Falle des Matthias Fuest, der seines Vaters Bruders Witwe zu ehelichen verlangte, in frischem Andenken war; denn obgleich Sententionantes in ihren rationibus decidendi diesen Fall pro dispensabili erachtet haben, wenn es darin heißet:

„Obwohl 1) Leuteranten zur Beschwerde anführen, daß ihrem Dispensationsgesuche von Hochfürstl. Consistorium A. C. nicht deferirt worden, da doch die Ehe mit des verstorbenen Vaters Bruders Witwe dispensabel; und

2) soviel die annoch nachgelassene Dispensation anbetrift,

1) die Ehe mit des Vaters Bruders Weib zwar

Leuit. 18, *v.* 14. und 20, *v.* 20.

ausdrücklich verboten ist, auch

2) durchgängig von Bibel-Auslegern und andern für verboten gehalten wird;

Interpretes Anglic. ad h. t. Kurze Untersuchung derer von Gott gegebenen Verbote blutfreundschaftlicher Verheyrathung nach der göttlichen Offenbarung. Im J. 1753. 4. u. a. m.

Weil aber

1) Leuteranten kein vollkommenes Recht zur Dispensationsertheilung, gleichwie schon der Begriff einer Dispensation ergiebt, behaupten können, mithin durch Abschlagung derselben nicht beschweret worden;

2) Soviel das

Leuit. 18, *v.* 15. 20, *v.* 20.

befindliche Eheverbot anbetrift,

1) der Grund desselben a) in der jüdischen Verfassung und den Sitten der Juden zu suchen, nach welchen zwischen dem Neveu und des Vaters Bruders Witwe ein viel freyerer Umgang, als zwischen anderen Personen erlaubt gewesen, dergestalt, daß diese auch unverhüllet von jenem besucht werden durfte, diese Freyheit aber leicht zur Hurerey Veranlassung gewesen seyn würde, wenn

zwi-

zwischen ihnen die Ehe erlaubt, und die Schande dadurch zu decken möglich gewesen seyn würde,

Michaelis, von Ehegesetzen Mosis. 178. S. fg.

der Grund dieses Verbots aber, mithin auch das Verbot selbsten auf unsere Zeiten und Sitten nicht mehr anpassend und anwendbar ist, indem wegen des freyern Umgangs mit dem andern Geschlechte überhaupt der Umgang mit unserer verschwägerten Tante nicht so leicht, als bey den Juden, Gelegenheit zur Verführung und Hurerey abgiebt, auch

b) der bloße respectus parentelae an und vor sich kein hinlänglicher Grund der mosaischen Eheverbote ist,

Michaelis, a. a. O. S. 118. fg.

und

c) wenn auch bey dem qu. Verbot ein solcher Grund vorhanden wäre, welcher noch bey uns anwendbar, alsdenn das

Leuit. 18, *v.* 14. und 20, *v.* 20.

begriffene Verbot so, wie das

Leuit. 18, *v.* 16. und 20, *v.* 21.

wegen der Ehe mit des Bruders Weib, welches vermöge des aus

Leuit. 18, *v.* 18. und
Deuter. *XXV*, 5 - 10.

genom-

genommenen Grundes auf die Ehe mit des noch lebenden Bruders Weib, von angesehenen Theologen und Rechtsgelehrten für dispensabel gehalten und von evangelischen Landesherren und Consistorien darin dispensirt zu werden pflegt;

Ayrer, Tr. de jur. dispens. circa connubia etc. Sect. 4. §. 16.

Bruckner, Decis. matrim. C. 5. n. 56.

Niemeyr, Diss. de connubio cum fratria.

Meyer, de gradibus prohibitis C. 7. §. 7. 8.

Gothaisches Bedenken, über die Frage: ob die Ehe mit des Bruders Witwe erlaubt sey ꝛc.? 1752. 8.

gleichfalls auf die Ehe mit des noch lebenden Vaters Bruder einzuschränken wäre, und dieses um so viel mehr, als

d) der Bruder mit seines verstorbenen Bruders Weib noch in näherem Grad der Schwägerschaft sich befindet, als der Neveu mit seines Onkels hinterlassenen Wittwe; zudem

2) die qu. Ehe auch schon von anderen für dispensabel gehalten worden, obgleich, weil, wie natürlich, der meistens vorkommenden allzugroßen Ungleichheit des Alters wegen, der Fall noch nicht so oft vorgekommen seyn mag, gar viele nicht angeführet werden können, unter diesen jedoch die zu Anfange der 50 Jahren in Halle herausgekommene Schrift:

Com-

Commentatio juris naturae, juris diuini positiui et juris humani ecclesiastici de matrimoniis prohibitis, permissis, prohibendis, permittendis etc. und Baumgarten in der sechsten Sammlung seiner theologischen Bedenken;

welcher dieses Verbot zu der jüdischen Policey rechnet, aufgeführt werden können, und die meisten Bibelausleger mehr um den Sinn der mosaischen Ehegesetze an und für sich, als wegen des heutigen Gebrauchs und noch fortdauernder Verbindlichkeit derselben bekümmert sind, wie die

Interpretes Anglicani, u. a.

zum Beyspiel dienen; aus allem diesen auch

3) allerdings folget, daß, wenn auch in besondern Kirchenordnungen und Landes-Kirchengesetzen allenfalls die qu. Ehe für nicht dispensabel erklärt worden, von demjenigen, der die höchste Kirchengewalt im Lande hat oder ausübt, als welches von Hochfürstl. Consistorium A. C. notorisch geschiehet, darin dispensirt werden kann; endlich auch

4) im vorliegenden Falle noch beytritt, daß nach dem Geständniß der Leuteranten sie nach der Verlobung sich fleischlich mit einander vermischet, mithin, wenn dieses richtig, schon gewissermaßen eine natürliche Ehe vorhanden ist, die einmal vollzogenen Ehen aber, wenn sie auch wirklich zu nahe sind, nicht getrennt werden sollen:

Mi-

Michaelis, a. a. O. 8. Hauptst.

Strüben rechtl. Bed. 3r Th. 175. S.

so ist demnach, wie im Urthel enthalten, von Uns billig erkannt worden.

A. V. R. W.

(L.S.) Urkundlich wir dieses mit unserer Facultät Insiegel bedrucken lassen; so geschehen Helmstedt, den 10ten März 1786.

Ordinarius, Decanus, Senior und übrige Doctores der Juristen-Facultät auf der Herzogl. Braunschweig-Lüneburgschen Julius-Carls-Universität daselbst.

so lautet der Spruch selbst doch so:

In Sachen Matthias Fuest und weyland Hanß Heinrich Fuest Witwe in Dörnten, Hochfürstl. Hildesheimschen Consistorio A. C. verordnete Consistorial- und Kirchenräthe, auf eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

daß die eingewandte Leuterung in ihren Formalien zwar zu Recht beständig; Materialien aber anlangend, unstatthaft, mithin es bey dem praes. vom 18ten Nov. 1785. Act. Nr. 1. befindlichen Abschlags-Decret sein Bewenden habe; es wollte denn Hochfürstlich Consistorium annoch die nachgesuchte Dispensation

Supplicanten aus bewegenden Ursachen ertheilen, als welches dessen Ermessen lediglich zu überlassen; Uebrigens haben Leuteranten die auf diese Sache gewandten Kosten allein zu tragen.

V. R. W.

daß dieses Urthel den Rechten und Uns zugesandten Acten gemäß, bekennen Wir Ordinarius, Decanus, Senior und übrige Doctores der Juristen-Facultät auf der Herzoglich-Braunschweig-Lüneburgschen Julius-Carls-Universität zu Helmstedt.

(L. S.) Urkundlich Unsers hierbey gedruckten Facultät-Insiegels."

Es würde also, da mir aus der Sache nochmals schriftlich zu referiren, und das Decret zu entwerfen aufgetragen worden, das Decret auf die obengenannte Schrift so lauten können:

Auf die von dem Krüger Friederich Mollenhauer zu Förste, am 19ten v. M. übergebene leuterirende Vorstellung und nochmalige Bitte um Verschickung der Acten, ist der Bescheid:

daß, obgleich dieses Collegium bey seinem einmüthig genommenen Entschlusse der Unzuläßigkeit der anverlangten Dispensation beharre, dennoch dem Suppli-

can-

canten die wiederholt gebetene Verschik-
kung der Acten zu seiner Beruhigung sowohl an eine juristische als theologische Facultät gestattet, und Terminus ad inrotulandum et transmittendum Acta auf —— angesetzt werde; jedoch sind Acta, weil terminus praefixus ad separationem des Supplicanten und seiner Stieftochter bald zu Ende gehet, per expressum zu verschicken beliebet.

S. m. C. E. A.

H.

Urthelsfrage

das Dispensationsgesuch des Krügers Mollenhauer zu Förste betreffend.

Unser ꝛc.

Demnach in Sachen das Dispensationsgesuch des Krügers Mollenhauer zu Förste, betreffend die Verschickung der Acten an eine Juristen- und auch theologische Facultät zum Spruch Rechtens erkannt worden; Als übersenden denen Herren Wir Acta a Nro. 1. bis 12. incl. nebst dem Inrotulations-Protocolle hieben, und ersuchen dieselben dienstfreundlich, eine denen Rechten und Acten conforme Urthel daraus abzufassen und Uns

 selbige

selbige cum rationibus et actis gegen die von Ueberbringer dieses, einem expressen Boten, welcher dort so lange liegen zu bleiben beordert ist, zu entrichtende Gebühren und mit der Anzeige, an welchem Tage der Bote angekommen und wiederum abgefertiget worden, wiederum zugehen zu lassen. Wir sind ꝛc. Geben in Consistorio Hildesheim, den 10ten September 1795.

Hochfürstl. ꝛc. ꝛc.

I.

Unser freundlich Dienst zuvorn,

Wohlehrwürdige, Wohledle, Gestrenge, Vest- und Hochgelahrte, günstige Herren und gute Freunde!

Als die Herren Uns Acta des Krügers Friederich Mollenhauers Dispensationsgesuch betreffend nebst einer Frage zugeschicket, und Unsere Rechtsbelehrung darüber gebethen;

Demnach erachten Wir, nach fleißiger Verlesung und Erwägung, darauf in Rechten gegründet und zu erkennen seyn:

Würde Friderich Mollenhauer im Beyseyn eines Geistlichen, welcher ihn von der Wichtigkeit des

des Eides und dessen schweren Strafe zuvor wohl unterrichte und vor Begehung eines Meineides behörig verwarne, vermittels Eides erhalten, und daß er mit der verstorbenen verwitweten Karremannin, nachdem er mit derselben getrauet worden, und auch vorher sich fleischlich nicht vermischet habe, schwören; so kann zur Verehelichung mit Justinen Karremannin die gesuchte Dispensation wohl ertheilet werden. V. R. W. Urkundlich mit Unserm Insiegel versiegelt.

(L. S.) Ordinarius, Senior und andere Doctores der Juristen-Facultät in der Universität Leipzig.

Recognito prius Sigillo Facultatis pro illaeso publicata est haec sententia in termino praefixo. Hildesheim den 15ten October 1795.

Procurator Brandis nomine Friderich Mollenhauer acceptire diese Urthel, und bäte Copey derselben.

in fidem,

Brandis, Secret.

Zweifels- und Entscheidungsgründe
in Sachen
des Krügers Friderich Mollenhauers
Dispensationsgesuch betreffend.

Obwohl in den mosaischen Ehegesetzen 3 B. Mos. 18, 17. die Ehe mit der Stieftochter verboten ist, auch ein Gleiches nach dem canonischen

C. 1. 8. 9. X. de conf. et affin.

so wie nach römischen Rechte Statt findet,

§. 6. I. de nupt.

und solcher Fall unter diejenigen, in welchen dispensiret werden könnte, nicht zu rechnen seyn dürfte;

Michaelis, von den Ehegesetzen Mosis. S. 435. u. f.

solchemnach, da Mollenhauer, seinem eigenen Geständnisse nach, mit der leiblichen Mutter, der Karremannin, bereits getrauet gewesen; und bey priesterlich zusammen gegebenen Personen der Erfolg des Beyschlafs vorauszusetzen: als ob in gegenwärtigem Falle die gebetene Dispensation nicht Statt finden könne, angenommen werden dürfte; hierüber Mollenhauers Erbieten zur eidlichen Beständung des Umstandes, daß er sich mit der erwähnten Karremannschen Witwe nicht fleischlich vermischet habe, um deswillen keine

Rücksicht zu verdienen scheinet, weil, wie in dem Voto sub (8) angeführt, und in beykommenden Gutachten einer theologischen Facultät wiederholet worden, die starke Liebe, die Mollenhauer zu Justinen Karremannin zu empfinden versichert, einen dießfalls zu begehenden Meineid befürchten lasse, zumal der Umstand, daß er, ungeachtet er die Tochter geliebt, sich dennoch mit der Mutter ehelich zusammengeben lassen, keine gute Meinung von seinen Gesinnungen erwecke; wozu kommt, daß nach der angezogenen Kirchenordnung Edit. von 1615. p. 272. die Ehe zwischen den Verlobten der Mutter und deren Tochter, auch wenn die Trauung noch nicht erfolget ist, nicht gestattet werden soll; aus welchen Gründen, so wie in Rücksicht auf möglichste Verhütung des aus den Ehen zu naher Verwandten entstehenden Nachtheils, es das Ansehen gewinnet, als ob auf Unstatthaftigkeit des von Mollenhauern angebrachten Dispensationsgesuchs zu sprechen gewesen wäre;

Dennoch aber und dieweil in gegenwärtigem Falle gar nicht die Frage entstehet, ob einem Stiefvater die Ehe mit seiner Stieftochter zu erlauben, sondern, ob zwischen Mollenhauer und der Mutter derjenigen Person, die er heyrathen will, eine wahre Ehe Statt gefunden habe, folglich zwischen beyden in Frage begangenen Personen wirklich das Verhältniß eines Stiefvaters oder einer Stieftochter eintrete, die Rede ist, maßen durch die bloße Trauung, wenn der Beyschlaf nicht vollzogen worden, keine wahre Schwä-

ger-

gerschaft entstehen kann, wie solches theils nach evangelischen Kirchenrechtsgrundsätzen,

Iust. Henn. Boehmer J. E. P. Lib. IV. Tit. XIV. §. 29.

G. L. Boehmer Princ. iur. can. Lib. III. Sect. II. Tit. VI. §. 391.

theils selbst nach klarem Buchstaben des in dieser Rücksicht so strengen canonischen Rechts angenommen werden muß;

C. 13. C. 15. C. 35. qu. 3.

Gonzalez de *Tellez* ad Decret. Tit. de consang. et affin. nr. 5. pag. 186.

folglich auch bey Mollenhauer und der Karremannschen Tochter wegen der bloßen Trauung mit der verwitweten Karremannin, wenn Mollenhauer der letzten niemals ehelich beygewohnet, ein Ehehinderniß, wegen dessen nicht dispensirt werden könnte, nicht eintritt, und die besage der Amtswegen, sowohl von dem Pfarrer, der die Trauung verrichtet, als von dem verpflichteten Stadt- und Amtsphysicus ertheilten Zeugnisse, daß die verstorbene Karremannin noch bey ihres ersten Ehemanns Leben, und nach dessen Tode mit verschiedenen bösartigen Krankheiten und geheimen Uebeln behaftet, Mollenhauer aber vor und selbst am Tage der Copulation krank und auf 6 Tage bettlägerig gewesen, und ehe er sich erholet gehabt, die Karremannin an einer galligen Brust-

ent-

entzündung verstorben, dahero der Pfarrer zu Förste selbst die erfolgte eheliche Beywohnung, mit Beziehung auf seinen dießfalls erstatteten Bericht, ungeachtet der bey ihm Statt findenden nähern Bekanntschaft der Umstände, für höchst unwahrscheinlich erklärt, mithin Mollenhauers Anführen, daß er die Ehe durch den Beyschlaf nicht vollzogen, einen so hohen Grad der Wahrscheinlichkeit erhält, daß ein Meineid, wie in der Regel niemals, also auch hier um so weniger präsumirt werden kann, jemehr die so eben gedachten, hinlänglich bescheinigten Umstände diesen Verdacht in gegenwärtigem Falle von ihm entfernen, als wobey daraus, daß Mollenhauer sich zu dem übereilten Schritte bewegen lassen, in die Trauung mit oftgedachter Karremannschen Witwe zu willigen, noch lange nicht folgt, daß ihm das Verbrechen des Meineides zuzutrauen sey; folglich, wenn derselbe den anerbotenen Eid, und zwar wegen Wichtigkeit der Sache, mit Zuziehung eines Geistlichen, leistet, der Umstand, daß hier keine wahre Schwägerschaft vorhanden, folglich ein nach mosaischen Gesetzen eintretendes Ehehinderniß hier nicht Statt finde, erwiesen ist; wegen affinitatis fictae aber, da solche ein bloß in menschlichen Gesetzen angeordnetes Ehehinderniß ist, von demjenigen, dem das Dispensationsrecht zustehet, um so mehr dispensirt werden kann, je mehr, daß solches nach vorgängiger eidlicher Bestärkung, daß die fleischliche Vermischung unter den Verlobten nicht erfolget, geschehen könne, von den bewährtesten Kirchenrechtslehrern

aus

aus eben dem Grunde, weil ohne Beyschlaf keine Schwägerschaft entsteht, behauptet wird,

Carpz. iurispr. consistor. Def. XXII. seq.

Quemadmodum desponsatio sola verum perfectum ac consumatum haud efficit matrimonium, ita nec verus hic subest respectus paternus matrimonii impeditiuus, quippe qui non ex desponsatione, sed ex mixtione sanguinis demum oritur,

womit auch die daselbst angeführten Gutachten angesehener und frommer Gottesgelehrten aus dem Anfange des 17ten Jahrhunderts, Horns von Hornegk, Johann Gerhards und Heinrich Höpfners übereinstimmen; mithin zwar der von Mollenhauer zu leistende Eid auch auf die Zeit vor der Trauung mit der verstorbenen Karremannin zu erstrecken, jedoch aus der angeführten Stelle der Kirchenordnung ein indispensables Ehehinderniß nicht herzuleiten; Hierüber auch die mannigfaltigen Nachtheile, die bey Hinderung dieser Ehe entstehen dürften, in Erwägung zu ziehen sind; und das, was von den Nachtheilen der Ehe unter nahe verwandten oder verschwägerten Personen angeführet werden möchte, hier, wo geläugnet wird, daß eine wahre Verschwägerung Statt finde; und es vorzüglich darauf ankommt, ob solches durch Mollenhauers Eid bewahrheitet werden könne, nicht ganz anwendbar ist; aus vorstehenden Gründen aber die Dispensation in der angegebenen Maaße wohl verstattet werden kann:

So

So ist, wie im Urthel enthalten, von Uns billig erkannt.

Ordinarius, Senior und andere Doctores der Juristen-Facultät in der Universität Leipzig.

K.

An die hiesige löbliche Juristen-Facultät.

Auf die uns vorgelegte und den 22ten Sept. zugekommene Frage: **Ob dem Krüger Mollenhauer seines verstorbenen Eheweibes** (mit der er zwar auf kurze Zeit copulirt gewesen, aber wegen attestirter Krankheit beider Eheleute, und baldigen Absterbens des Weibes, ihr nie ehelich beygewohnt zu haben, vorgiebt, auch solches eidlich zu bestärken erbötig ist) **hinterlassene älteste Tochter, die ihm schon vor dem Tode ihres Vaters gewissermaßen versprochen gewesen sey, zu ehelichen verstattet werden mögte?** — erachten wir, Decanus, Senior und übrige Doctores und Professores der theologischen Facultät allhier in heiliger Schrift und göttlichen Rechten folgendes gegründet zu seyn.

Ohnerachtet wohl allerdings die mosaischen Gesetze in Absicht auf die verbotenen Grade (ausser in wie fern selbige von christlichen Obrigkeiten selbst

selbst dießfalls zur Richtschnur angenommen worden sind) die Christen eigentlich nicht geradezu gesetzlich verbinden; sondern sie nur nützlich belehren und auf das aufmerksam machen, was in diesem Stücke dem göttlichen Willen, und der von ihm gemachten Einrichtung der Welt am gemäßesten sey; so ist gleichwohl

1) gewiß, daß es auch unter den Christen verbotene Grade gebe, die schon aus der natürlichen Einrichtung des menschlichen Geschlechts entstehen. Weil es in die Augen fällt, daß nach göttlicher Absicht durch den Ehestand nicht nur die Verbindung der zunächst vereinigten Personen, sondern auch ganzer Familien, und die Geselligkeit und vielfache Verbindung der Menschen überhaupt, soviel möglich befördert werden soll. Wonach sich denn jeder aus Gehorsam und Liebe gegen Gott und Liebe gegen den Nächsten (dazu schon die natürliche Religion verpflichtet, die christliche aber weit andringender auffordert) zu achten hat. Ferner

2) ist es keinem Zweifel unterworfen, daß christliche Obrigkeiten eben deswegen befugt sind, und sogar die Pflicht auf sich haben, mit aller Sorgfalt darauf zu sehen, daß die göttlichen Absichten in dieser höchstwichtigen Sache erreicht, und dadurch die Wohlfart ihrer Staaten, ja des ganzen menschlichen Geschlechts befördert werde. Daher sie allerdings die eheliche Verbindung allzunaher Anverwandten zu verhindern, und theils deswegen, theils auch, um den Veranlassungen

zur

zur Unzucht unter den in einer Familie lebenden Personen zuvorzukommen, verbotene Grade festzusetzen berechtiget sind. Endlich ist es auch

3) Unleugbar, daß, um der angeführten Ursachen willen, in allen christlichen Staaten die Eheverbindung eines Mannes mit seiner Stieftochter mit Recht als ein verbotener Grad, ja als Blutschande angesehen wird. Zumal da

4) hier vorzüglich dazu kommt, daß die Zulässigkeit solcher Ehen leicht in den Familien die schädlichste Zerrüttung, Uneinigkeit und Eifersucht verursachen würde.

Ob nun wohl im gegenwärtigen Falle M. vorstellt, und theils durch Zeugnisse, theils eidlich zu bekräftigen sich erbietet, daß, um der bereits erwähnten Krankheiten seiner selbst und seiner angetrauten Frau, auch letzter, noch vor seiner Genesung erfolgten Absterbens willen, die copula carnalis zwischen ihnen nicht Statt gefunden habe; und daß daher derselben Tochter nicht eigentlich als seine Stieftochter, sondern vielmehr als eine fremde Person anzusehen sey; so ist doch zu bedenken, daß Kirche und Staat die Ehen nicht anders, als nach dem, was in die Augen fällt, und, auf eine oder die andere Art öffentlich bestätigt worden ist, beurtheilen könne; und daher copulirte, wenn sie es einige Zeit lang gewesen sind, als wirkliche Eheleute ansiehet.

Fer-

Ferner, daß der Eid, wie in dem gründlich ausgearbeiteten Voto Nr. 8. mit Recht erinnert worden ist, um der herrschenden und eingestandenen großen Leidenschaft, wie auch anderer Ursachen willen, immer verdächtig bleiben würde; zumal bey einem Manne, dem es zu einem nicht ungegründeten Vorwurfe gereicht, daß er sich, wohl nicht durch die lautersten Ursachen bewegen lassen, anstatt der ihm zur Ehe gewissermaßen versprochenen und von ihm geliebten Tochter, die Mutter zu heyrathen.

Endlich daß die christliche Religion fast nichts so nachdrücklich verbietet, als Aergernisse und böse Beyspiele zu geben, welches als Vorgänge, die sich andere zum Muster nehmen, schädliche Folgen nach sich ziehen können. Das denn hier höchstwahrscheinlich der Fall seyn würde, weil es doch immer, fast schon nach geschehener Verlobung mit der Mutter, um wie vielmehr nach erfolgter Copulation, wenn man auch alles vorige als wahr annehmen wollte, ein matrimonium indecorum et a multis pro incestu habitum seyn würde.

Um dieser Ursachen willen können wir nicht anders, als dem Urtheile beypflichten, daß diese Ehe keinesweges gestattet werden könne.

Gegeben Leipzig den 24ten Septb. im Jahr 1795.

(L. S.) Decanus, Senior und übrige Doctores und Professores der theologischen Facultät zu Leipzig.

L.

L.

Mandatum S. C.

für den Krüger Mollenhauer zu Förste.

In Sachen des Krügers Mollenhauer zu Förste, dessen Dispensationsgesuch betreffend, wird demselben die gebetene Copey der am 15ten d. M. publicirten Responsorum Facultatum Lipsiensium, wie auch der denselben beygefügten Entscheidungsgründe mitzutheilen erkannt, und die Indispensabilität des vorliegenden Falles nochmals unanimiter in Collegio nostro angenommen.

Da auch Supplicant, der Auflage des Decreti vom 5ten August zuwider, seine Stieftochter, Justine Karremann noch nicht von sich entfernt hat; so wird derselbe in die comminirte 20 Gfl. Strafe hiermit fällig vertheilet, und ihm anbefohlen, solche binnen 14 Tagen sub poena executionis dahier zu erlegen. Sodenn wird demselben nochmals und zwar bey Vermeidung 40 Gfl. Strafe alles Ernstes angedeutet: seine Stieftochter binnen endlichen drey Tagen so gewiß von sich zu entfernen, als widrigenfalls auch diese Strafe von ihm beygetrieben, und dem Freyherrl. von Steinbergschen Gerichte zu Wispenstein die Separation von seiner ältesten Stieftochter Justine Karremann durch gehörige Zwangsmittel zu bewür-

würken, demandirt werden soll. Decretum in Consistorio Hildesheim den 20ten Octob. 1795.

Hochfürstlich ꝛc.

den 21ten Octob. 1795. an Hrn. Proc. Brandis insinuirt

Guden C. P.

M.

Mandatum

für den Krüger Mollenhauer zu Förste.

Auf heute eingebrachten Bericht des adlichen Gerichts Wispenstein, aus welchem erhellet, daß der Krüger Mollenhauer zu Förste des Hochfürstlichen Consistorii Verbote zuwider, sich mit seiner Stieftochter Justine Karremann habe wirklich copuliren lassen, und erwähnte Person wieder zu sich genommen habe, wird hiedurch diese blutschänderische und null und nichtige Ehe von Gerichtswegen völlig cassirt und aufgehoben, und ist in Gefolg dieses Erkenntnisses sofort Schreiben an gedachtes adliche Gericht dahin abzulassen erkannt, gleich nach dem Empfange dieses, gedachte Justine Karremann aus dem Kruge daselbst mittels gehöriger Zwangsmittel zu entfernen, und ihr bey Gefängnißstrafe zu befehlen, sich nie wieder zu ihrem Stiefvater zurück zu begeben, auch sich alles Umganges mit ihm zu enthalten.

So:

Sodann ist Schreiben an Hochfürstliche Landesregierung wegen gehöriger Bestrafung des in facto vorliegenden criminis incestus abzulassen, auch wegen Bestrafung des Pastors, der die Copulation verrichtet, an Burgermeister und Rath der Neustadt das Behufige zu erlassen. Et accludatur dieses dem adlichen Gerichte Wispenstein in duplo, um davon das Original-Decret dem Mollenhauer zustellen zu lassen.

Decretum in Consistorio Hildesheim den 3ten Decbr. 1795.

Hochfürstl. ꝛc. ꝛc.

N.

An die Regierung.

Schon vor einem halben Jahre suchte der Krüger Mollenhauer zu Förste, Gerichts Wispenstein um Dispensation bey Uns nach, seine älteste Stieftochter Johanne Karremann heyrathen zu dürfen, unter dem höchstunwahrscheinlichen Vorgeben, daß er mit ihrer leiblichen Mutter, welche nach der Copulation nur 14 Tage gelebet, den Beyschlaf nicht vollzogen habe.

Nach Pflicht und Gewissen schlugen wir sie ihm ab, und da ein blutschänderischer Umgang, wenn beyde bey einander blieben, sehr zu befürchten war, befahlen Wir dem Mollenhauer, seine

Bayerische Staatsbibliothek München

Stieftochter von sich zu entfernen, welcher Auflage er zwar Anfangs keine Folge leistete, jedoch aber diese Trennung durch richterliche Verfügung des adlichen Gerichts Wispenstein erwürket wurde.

Jetzt erfahren Wir zu Unserm Erstaunen aus einem Berichte des Gerichts Wispenstein, den Wir copeylich beyzulegen die Ehre haben, daß der Mollenhauer frech genug gewesen, sich seine Stieftochter von einem Pastor hiesiger Neustadt antrauen zu lassen, und mit ihr wiederum zusammen wohnt.

Da nun ein solches Matrimonium incestuosum auf keine Weise zu gestatten ist, wenn anders göttlichen und menschlichen Gesetzen nicht zuwidergehandelt und für Religion und Staat nicht die traurigsten Folgen entstehen sollen; so haben Wir durch ein gestern abgelassenes Decret diese unerlaubte Ehe als null und nichtig cassirt und aufgehoben, auch dem Gericht Wispenstein aufgegeben, die Trennung dieser in offenbarer Blutschande lebenden Personen sofort wiederum zu veranstalten, und ihnen bey Gefängnißstrafe anzubefehlen, sich nicht wieder einander zu nähern. Nunmehr halten Wir es gleichwohl für Unsere Schuldigkeit, den Herren von diesem Vorgange Anzeige zu thun, und überlassen Denenselben Wir es, ob Dieselben wegen einer so strafbaren Handlung eine Criminal-Untersuchung anzustellen für gut und nöthig halten werden, auf welchen Fall denen Herren Wir die nöthigen Actenstücke aus der bey Uns bis jetzt verhandelten Sache zu commu-

Bayerische Staatsbibliothek München

municiren nicht ermangeln werden. Wir sind :c. Gegeben in Consistorio Hildesheim den 3ten Decemb. 1795.

Hochfürstl. :c. :c.

den 5ten Dec. 1795. auf hiesiger Canzley abgegeben.

Guden C. P.

O.

Unsern :c.

Nachdem Wir dem Krüger Mollenhauer zu Förste, Gerichts Wispenstein das wiederholte Gesuch um Dispensation zur Heyrath mit seiner Stieftochter Justine Karremann aus leicht zu ersehenden wichtigen Gründen abgeschlagen hatten, hat derselbe gesucht, selbige sich dennoch antrauen zu lassen, und es meldet Uns das adliche Gericht Wispenstein, daß demselben von gedachtem Mollenhauer ein Schein d. d. 29. Oct. l. J. producirt sey, nach welchem der hiesige Pastor Müller an der St. Lamberti-Kirche diese höchst unerlaubte Copulation verrichtet habe.

Wir haben zwar diese blutschänderische Ehe sofort für null und nichtig erkläret, und die übrigens nöthige Maaßregeln getroffen; es ist dabey aber auch höchst nothwendig, daß das höchststrafbare Unternehmen des Pastors Müller gehörig geahndet werde, und hegen Wir zu Euch das Vertrauen, daß Ihr keinen Anstand nehmen werdet,

gedachten Pastor Müller zur Verantwortung zu ziehen und ihn nach den Gesetzen zu bestrafen. Wir erwarten demnächst, wie dasselbe geschehen, Euern Bericht und sind ꝛc. Gegeben in Consistorio Hildesheim den 3ten Decbr. 1795.

Hochfürstl. ꝛc.

An den Magistrat der Neustadt Hildesheim.

den 5ten Decemb. 1795. an Hrn. Secretair Sander auf der Neustadt insinuirt.

Guden C. P.

P.

Decretum pro Mollenhauer zu Förste.

Auf die am 4ten v. M. von dem Krüger Mollenhauer zu Förste übergebene Vorstellung ist der Bescheid:

Da über die Zuläßigkeit des anerbotenen juramenti suppletorii durch die sich widersprechende Urtheile der theologischen und juristischen Facultät zu Leipzig eigentlich nichts entschieden ist, aus dem nunmehrigen eigenen Geständnisse des Mollenhauer aber, wie er nemlich die Nacht nach der Copulation bey

bey seiner ihm angetraueten Ehefrau **im Bette gelegen**, urgentissima praesumtio des vollzogenen Beyschlafes hervorgeht, indem selbst die Vollziehung eines **verbotenen** Beyschlafes dann, wenn zwey Personen verschiedenen Geschlechts in einem Bette angetroffen worden, den Rechten nach vermuthet wird;

So wird Mollenhauer mit seinem Gesuche, ihn zur eidlichen Erhärtung seines Vorgebens, daß er nie mit seiner verstorbenen Ehefrau sich fleischlich vermischt habe, zuzulassen, hiermit völlig abgewiesen. Decretum in Consistorio Hildesheim den 30ten Junii 1797.

Den 5ten Jul. 97. hats Mollenhauer selbst abgeholt.

Guden, C. P.

Q.

An die löbliche Juristen-Facultät.

Bey der von löblicher Juristen-Facultät uns unter dem gestrigen Dato den 29. Jul. 1797. vorgelegten Frage:

Ob eine durch Trauung und Beyschlaf, obschon gegen obrigkeitliches Verbot vollzogene Ehe

Ehe mit einer Person gültig seyn könne, mit deren Mutter vorher eine durch öffentliche Trauung bestätigte Ehe, welche doch angeblich nicht durch den Beyschlaf vollzogen worden seyn soll, vorangegangen ist?

scheinen uns, dem Decano, Seniori und Professoren der hiesigen theologischen Facultät, in dem vorliegenden aus den Acten sich ergebenden Falle vorzüglich folgende Umstände bey der Ausstellung eines theologischen Gutachtens oder bey der Auffassung des religiösen Gesichtspuncts der Sache in Betrachtung kommen zu müssen.

Aus der gegen das obrigkeitliche Verbot geschehenen Vollziehung der Ehe des Krügers Mollenhauer mit der ältesten Tochter der ihm angetraueten Frau scheint zwar schon ein Grund gegen ihre Gültigkeit erwachsen zu seyn, der eine Rücksicht auf jene andere als ganz überflüßig vorstellen könnte, die schon vorher seine Heyrath mit ihr unzuläßig oder bedenklich machte; allein sie können doch bey dem Urtheil über den Fall, wie er jetzt liegt, nicht ganz zurückgestellet werden, daher glaubt die Facultät, sich zuerst darüber auslassen zu müssen.

Hier kömmt aber ihrer Meinung nach alles allein auf die Frage an: ob die Heyrath des Krügers Mollenhauer mit der ihm angetraueten Mutter seiner jetzigen angeblichen Frau als matrimonium consumatum betrachtet werden müsse? oder: ob aus den actenmäßigen bey dieser

ser Heyrath vorgegangenen Umständen eine solche Präsumtion und ein solcher Verdacht ihrer wirklichen Vollziehung erwächst, die auf keine Weise auch nicht durch den Eid, zu dem der Leuterant sich erboten hat, gehoben werden könnten?

Es wurde nicht von der Obrigkeit des Imploranten verlangt; daß sie eine Heyrath mit seiner Stieftochter durch eine Dispensation für zulässig erklären sollte; also konnte es auch nicht in Frage kommen: ob das ausdrückliche Schrift-Verbot dieser Heyrathen dispensabel oder indispensabel sey? sondern die Bitte des Imploranten ging bloß dahin: daß von Seiten der Obrigkeit das aus dem mit der Mutter eingegangenen matrimonio rato sed non consumato entspringende Hinderniß seiner Heyrath mit der Tochter durch eine Dispensation weggeräumet werden mögte.

So wenig nun geläugnet wird, daß dieß Hinderniß durch keine Dispensation weggeräumet werden könnte, wenn das erste matrimonium consumiret und dadurch eine wahre Affinität zwischen dem Imploranten und der Tochter seiner ersten Frau contrahirt worden wäre, so wenig kann es zweifelhaft seyn, daß unter der Voraussetzung der nicht vollzogenen ersten Ehe eine Dispensation an sich hätte unbedenklich seyn mögen, wenn sie nicht erst durch besondere Umstände des Falles bedenklich geworden wäre: wenigstens liegt dieß selbst in den Gründen, durch welche sich die Obrigkeit des Imploranten gedrungen glaubte, die nachgesuchte Dispensation zu verweigern.

Den

Den entscheidendsten dieser Gründe fand sie in der Ungewißheit, ob die erste Ehe der Versicherungen des Imploranten ungeachtet, nicht dennoch consumirt worden seyn möchte; und in dem Aergerniß, daß die Zulassung der Ehe mit der Tochter bey dieser Ungewißheit unvermeidlich gegeben müßte. Sie gab also eben damit zu erkennen, daß sie in dem Fall weniger Schwierigkeiten und Bedenklichkeiten gefunden haben würde, wenn sich nur volle Gewißheit von der nicht vollzogenen ersten Ehe hätte erhalten lassen.

Dabey finden wir es dann der pflichtmäßigen Gewissenhaftigkeit einer christlichen Obrigkeit vollkommen gemäß, daß sie der Furcht vor einem Aergerniß, aus welchem die allerverderblichsten Folgen für Religiosität und Sittlichkeit entspringen könnten, so viel Gewicht eingeräumt hat.

Wir sind auch unsers Orts überzeugt, daß dieß Aergerniß unabwendbar gewesen seyn würde, wenn wirklich eine unwegräumbare Ungewißheit über die Vollziehung der ersten Ehe Statt gefunden hätte, und wir sind eben so überzeugt, daß diese Ungewißheit bey den Umständen, welche zuerst allein in den Acten vorkommen, durch den Eid, zu welchem sich Implorant erbot, nicht ganz gehoben werden konnte, wobey denn nur ein weiteres und größeres Aergerniß von der Anwendung dieses Mittels hätte befürchtet werden müssen.

Aber wir würden zugleich der Meinung gewesen seyn, daß sich doch aus jenen Umständen allein

allein noch nicht beurtheilen lasse, ob in der Lage des Imploranten der von ihm angebotene Eid zu Hebung jener Ungewißheit und des daraus entspringenden Aergernisses für ganz unzureichend gehalten werden müste.

Wir würden nemlich geglaubt haben, daß bey einer richtigen Schätzung der Wirkung, welche dieser Eid hervorbringen könnte, auch die vita ante acta des Imploranten, die Zeugnisse seiner Orts-Obrigkeit von diesem, der Ruf, in dem er deshalb bey seinen Mitbürgern, Nachbaren und Bekannten stand, und das wahrscheinliche Urtheil, das diese über seine Eideserbietung fällen dürften, in Betrachtung kommen müßte, daß nur daraus zu ersehen seyn möchte, wie weit die abgezweckte Wirkung zu Hebung jener Ungewißheit und des damit verbundenen Aergernisses dadurch erzielt, also auch nur daraus in Verbindung mit den beygebrachten Attestaten des Arztes und des Predigers bestimmt werden möchte, ob seine Zulassung zum Eide räthlich oder nicht räthlich sey? mithin vor allen Dingen zu versuchen seyn dürfte, ob nicht etwas näheres über diese Umstände ausgemittelt werden könnte.

Und so würde denn das Gutachten der Facultät nach den ersten Acten wahrscheinlich dahin ausgefallen seyn:

daß zwar dem Krüger Mollenhauer die nachgesuchte Dispensation zu der Heyrath mit der Tochter seiner angetraueten Frau, seiner Ei-

des = Erbietung wegen der mit jener nicht vollzogenen Ehe ungeachtet, fortdauernd zu verweigern, aber doch nur in dem Fall zu verweigern seyn dürfte, wenn es bey einer weitern Untersuchung nicht wahrscheinlicher werden sollte, daß die Ungewißheit wegen der Vollziehung seiner ersten Ehe durch seinen Eid gehoben werden könnte.

Nun haben sich aber in dem Fortgange des Processes doch von selbst einige weitere Umstände ergeben, welche in der That wenigstens eine solche Wahrscheinlichkeit zu begründen und sehr stark zu begründen scheinen.

Nach dem Gutachten und Bericht des Inspectors, unter dessen Aufsicht der Wohnort des Imploranten gehört, und nach dem Atteſtate des Predigers in dem Orte seines vorigen Aufenthalts

Act. (36.) b. (38.) b.

steht er überall in dem besten Ruf, und hat das allgemeine Zeugniß eines tugendhaften und stillen Wandel's vor sich, der von allem, was wild oder ruchlos genannt werden kann, weit entfernt ist. Durch die Aussagen mehrerer Ortsbewohner sind andere Umstände beygebracht worden, welche zu der Geschichte seines Hochzeittages gehören, und der Vermuthung des Predigers wegen der Unwahrscheinlichkeit der von ihm vollzogenen Ehe, so wie seinen eigenen Versicherungen darüber ein beträchtliches Gewicht geben. Diese Umstände mögen wenigstens jenen das Gleichgewicht halten,

die

die der Glaubwürdigkeit seiner eigenen Aussage schaden könnten; allein, wenn auch diese nach einer rechtlichen Schätzung nicht ganz dadurch aufgewogen werden sollten, so scheint sich aus dem guten Ruf, in welchem er stehet, ein Umstand zu ergeben, der fast völlig hinreichend ist, die Besorgnisse zu heben, die man wegen jener andern unterhalten könnte.

Wenn er wirklich in diesem Ruf stehet, so werden ihm seine Mitbürger und seine nächste Nachbaren keines Meineides fähig halten; so wird also sein Eid wirklich ein Mittel werden, sie von seiner nicht vollzogenen ersten Ehe zu überzeugen, und so wird also auch kein Aergerniß wenigstens unter jenen Menschen, bey denen es am schädlichsten und gefährlichsten werden könnte, kein allgemeines Aergerniß zu befürchten seyn. Da uns nun in der Furcht vor diesem Aergerniß der einzige dringende Grund zu liegen scheint, der die Zulassung seiner anderweitigen Heirath mit der Tochter der verstorbenen Frau aus theologischen Rücksichten verhindern könnte; so würden wir auch kein Bedenken tragen, sie bey diesen Umständen nach der geschehenen und mit der gehörigen Feyerlichkeit vorgenommenen Eidesleistung des Imploranten, wegen der Nichtvollziehung seiner ersten Ehe für zuläßig zu erkennen.

Nun tritt aber erst die Frage ein: ob durch die von dem Imploranten gegen das Verbot seiner Obrigkeit erschlichene priesterliche Trauung und seit mehreren Jahren fortgesetzte Beywohnung mit

der Tochter der ihm angetraueten ersten Frau die Lage des Falles nicht so verändert worden ist, daß die Begünstigung seiner Heirath durch eine nachfolgende Dispensation von anderen Seiten her mehr bedenkliches und gefährliches bekommen hat.

Dafür scheinen sich folgende Gründe zu ergeben, die auch, dem Ansehen nach, für eine christliche Obrigkeit eine mehrfache Gewissenspflicht begründen könnten.

Implorant hat 1) durch den offenbaren Ungehorsam gegen seine Obrigkeit und durch die freventliche Verletzung ihres Ansehens, deren er sich schuldig gemacht hat, ein weiteres Aergerniß und ein böses Beispiel gegeben, aus dem sehr leicht noch verderblichere Folgen entspringen könnten, als aus jenem, das durch die Ungewißheit über die Vollziehung oder Nichtvollziehung seiner ersten Ehe veranlaßt worden seyn möchte. Dadurch wird seine Bestrafung nicht nur mittelbar, als Gerechtigkeitspflicht, sondern sie wird unmittelbar auch zur Religionspflicht.

Den nachtheiligen Folgen dieses Beispiels kann aber,

2) wie es scheint, durch keine Bestrafung mit hinreichender Kraft vorgebeuget werden, wenn nicht zugleich auf der Ungültigkeit seiner Verbot- und gesetzwidrigen Ehe beharret wird. Er würde nemlich, außer diesem Fall, bey jeder andern Strafe dennoch den Zweck seines Ungehorsams

erreicht, und seine Obrigkeit durch die Verachtung ihres Ansehens gezwungen zu haben scheinen, ihm etwas zu bewilligen, was ihm vorher verweigert wurde. Der Reiz zur Nachahmung aber, der darin für andere in ähnlichen Fällen liegen könnte, dürfte die gefährlichsten Wirkungen desto unabwendbarer hervorbringen, je wahrscheinlichere Fälle ähnlicher Art eintreten könnten.

Hierzu kömmt denn noch,

3) daß das Aergerniß, welches er durch seine Verachtung des obrigkeitlichen Ansehens gegeben hat, wahrscheinlich in dem Verhältnisse der längern Zeit, in welcher es fortdauerte, sich vergrößert und weiter verbreitet haben, also auch eine auffallendere und nachdrücklichere Anstrengung zu seiner Hebung erfordern mag.

Das Gewicht der Gründe, die sich aus diesen Betrachtungen ergeben, dürfte auch, unserm Ermessen nach, durch keinen jener Gegengründe überwogen werden, die sich allenfalls aus dem anderweitigen Scandal, oder aus sonstigen Inconvenienzen, welche aus der Zerreissung eines doch schon seit zwey Jahren bestandenen matrimonii illegitimi entstehen könnten, oder aus dem Schaden und Nachtheil ableiten ließen, welcher für den Imploranten, für das aus der gesetzwidrigen Ehe erzeugte Kind, und für die ganze Familie der Frau daraus entspringen müßte. Jenes anderweitige Scandal und der für das schuldlose Kind daraus erwachsende Nachtheil würde nemlich ganz

auf

auf die Verantwortung des Imploranten fallen; so wie er alle für ihn selbst daraus fließende schlimme Folgen nur sich selbst zuzuschreiben hätte; eine christliche Obrigkeit aber dürfte sich schwerlich erlauben, eine Rücksicht darauf zu nehmen, die mit der ihr übertragenen Sorge für das Wohl des Ganzen und mit ihrer Verpflichtung, kein gegebenes Aergerniß zu begünstigen, in Collision kommen könnte.

Allein ein besonderer aus den Acten sich ergebender Umstand könnte doch über das Betragen des Imploranten ein etwas milderes Urtheil veranlassen, also auch den angeführten Gründen, nach welchen auch die Religion die nachfolgende Legitimation seiner illegitimen Ehe zu widerrathen scheint, etwas von ihrer Stärke benehmen.

Der Implorant scheint nemlich offenbar bey der sträflichen Vollziehung der ihm von seiner Obrigkeit verbotenen und für unzulässig erklärten Heyrath nach der Ueberzeugung gehandelt zu haben, daß aus dem ihm publicirten Erkenntniß der ersten auswärtigen Universität, auf deren Spruch das Consistorium zu Hildesheim durch die nach vorhergegangener Weigerung bewilligte Verschickung der Acten compromittirt zu haben schien, ein Recht dazu für ihn erwachsen sey. Wir bescheiden uns gern, daß es nicht für uns gehöret, nur beurtheilen zu wollen, wie weit ein solches Recht daraus für ihn erwachsen oder nicht erwachsen könnte. Wir setzen vielmehr voraus, daß seine Ueberzeugung eben so gewiß irrig gewesen seyn

kann,

kann, als es ungezweifelt ist, daß er in jedem Fall vielfache und sträfliche Fehler in modo begangen hat: allein auch die irrige Ueberzeugung von seinem vermeinten Recht vermindert doch einigermaaßen das Sträfliche des von ihm bewiesenen Ungehorsams gegen das Verbot seiner Obrigkeit, und läßt zugleich weniger nachtheilige Folgen von dem bösen Beyspiel befürchten, daß er dadurch gegeben haben könnte. Er verliehrt nun das Aussehen einer trotzigen Nichtachtung des obrigkeitlichen Ansehens, welche die nachdrücklichste Bestrafung verdient hätte, und erscheint blos als Folge eines falschen Urtheils, zu dem er sich in einem vermeinten Collisionsfall seines Rechts mit seiner Pflicht durch Leidenschaft, und wahrscheinlich auch durch fremde Suggestion hinreissen ließ; damit aber erscheint auch das obrigkeitliche Ansehen selbst weniger dadurch compromittirt, so wie ein großer Theil der Gefahr verschwindet, daß das Beyspiel davon in ähnlichen Fällen allzuverführerisch für andere werden könnte.

Da nun damit die Umstände, nach unserm Ermessen, wirklich etwas verändert werden, welche sonst eine nachfolgende Legitimation seiner illegitimen Ehe widerrathen könnte; da somit auch den Gegengründen wieder ein Gewicht eingeräumt werden darf, welche aus dem anderweitigen Scandal, das die Zerreissung einer zwey volle Jahre bestandenen, wenn schon illegalen Ehe anrichten und aus dem vielfachen Elend entspringen, in welches dadurch der Implorant, sein Kind, seine Frau und die Familie von diesen gestürzet werden würde;

Und da es endlich in Ansehung der Heyrath überhaupt sich doch aus den actenmäßigen zuerst ausgeführten Umständen zu ergeben scheint, daß die absentia eines ex iure diuino entsprungenen, also unwegräumbaren Hindernisses wirklich durch den Eid, zu dem sich Implorant, wegen der nicht vollzogenen Ehe mit seiner ersten Frau erboten hat, auf eine Art ausgemittelt werden könne, welche von der dabey zurückbleibenden Ungewißheit keine sonderliche nachtheilige Folgen befürchten läßt; so halten wir dafür:

daß zwar die wider das obrigkeitliche Verbot eingegangene Verbindung des Krügers Mollenhauer, als matrimonium illegitimum, mit Recht cassirt, und er auch deswegen mit einer angemessenen Strafe zu belegen sey, dennoch aber das matrimonium illegitimum durch eine obrigkeitliche dispensationem gratiosam in derjenigen rechtlichen Form, die zugleich das gefährdete Ansehen der Obrigkeit am besten sicher zu stellen vermag, pro valido erklärt werden könne, wenn vorher Implorant die absentiam eines impedimenti ex affinitate emergentis durch den von ihm offerirten Eid, wegen der nicht vollzogenen Ehe mit seiner ersten Frau verificiret hat.

Göttingen den 30ten Jul. 1797.

(L. S.) Decanus, Senior und Professores der theologischen Facultät hieselbst.

Dr. Christoph Frid. Ammon.
R.

R.

Unsere freundliche Dienste zuvor:

Wohlgebohrne, Hochehrwürdige und Hochedelgebohrne, Veste und Hochgelahrte, Großgünstige Herren und werthe Freunde!

Auf eingewandte Leuterung und deren Prosecution in Ehesachen des Krügers Friderich Mollenhauers zu Förste, Leuteranten, Dispensationsgesuch betreffend, so die Herren uns in den deshalb ergangenen und hiebey wieder zurückgehenden Acten behuf eines nach vorgängiger Consultation mit hiesiger theologischen Facultät zu ertheilenden rechtlichen Ausspruchs zugefertiget, erkennen und sprechen wir, nach genommener, auch hiebey angeschlossener Consultation der hiesigen theologischen Facultät, den geistlichen Rechten und der darauf beruhenden kirchlichen Observanz gemäß zu seyn:

Aus den Acten allenthalben soviel zu befinden, daß es einer weitren Untersuchung der vorkommenden Thatsachen nicht bedürfe, und vorkommenden Umständen nach Leuterant mit dem Dispensationsgesuche, jedoch in der Maaße, wie es das von der Leipziger Juristen-Facultät abgefaßte Urtheil, nr. 16. act. enthält, annoch zu hören.

Würde nun Friderich Mollenhauer in Beyseyn eines Geistlichen, welcher ihn von der Wichtigkeit des Eides und der schweren Strafe des Meineides zuvor wohl unterrichte und vor der Begehung eines Meineides behörig verwarne, vermittelst Eides erhalten, und: daß er mit der verstorbenen verwittibten Karremannin, nachdem er mit derselben getrauet worden, und auch vorher sich fleischlich nicht vermischet habe, schwören;

So wird ihm zur Verehelichung mit Justine Karremannin die gesuchte Dispensation annoch billig ertheilet, und da er immittelst, ohne solche abzuwarten, solche Verehelichung eigenmächtig und straffällig mittelst ausgewirkter priesterlicher Trauung vollzogen, solche Ehe nur in Rücksicht des erzeugten Kindes von geistlicher Obrigkeit wegen bestätiget. V. R. W.

Urkundlich mit Unserm Insiegel besiegelt.

(L. S.) Ordinarius, Senior und sämmtliche Assessores der Juristen-Facultät, auf der Königl. Großbritannischen und Churfürstlich Braunschweig-Lüneburgschen Georg-Augustus-Universität zu Göttingen.

Recognito prius Sigillo Facultatis pro illaeso publicata est haec sententia in termino praefixo. Hildesheim den 16ten Aug. 1797.

Ad-

Aduocat Floeckher nomine et in praesentia des Leuteranten Mollenhauer bat Abschrift dieser Urthel.

in fidem,
E. C. Brandis, Secr.

Rationes decidendi.

Obwohl I) des Leuteranten mit der Mutter der Justine Karremannin eingegangene Ehe für eine wahre und nach den christlichen Gebräuchen vollzogene Ehe anzusehen; woraus, daß bey dem in Frage stehenden Dispensationsgesuche des Leuteranten die Verordnung

Leuit. 18, *v.* 17.

in Anwendung gezogen werden könne, es einen Anschein gewinnet; wenigstens

II) in rechtlichen Betracht kommen dürfte, daß Leuterant am Tage der geschlossenen Ehe mit seiner Ehefrau auf einem Bette gelegen, woraus sonst die stärkste Vermuthung eines gepflogenen Beyschlafes hergeleitet wird, und in Kirchenrechten

c. 30. X. de sponsal.

dafür anerkannt ist; wobey daher

III) nicht nur auf den Eid zu erkennen, starken Bedenken unterworfen seyn dürfte; sondern auch

IV) das Aergerniß dabey in rechtlichen Betracht zu ziehen, welches Leuterant durch die mit seiner vorigen Ehefrauen Tochter eigenmächtig auf sträfliche Weise vollzogene Ehe gegeben;

Dennoch aber und dieweil ad I) nach des Leuteranten

in (38) b. act.

enthaltener freymüthiger Aussage die wahre Schwägerschaft in gegenwärtigem Falle ermangelt, welche nur durch vollzogenen Beyschlaf gewürket, auch in der Maaße in göttlichen Ehegesetzen zum Grunde gelegt wird; wie dahin die gebrauchte Ausdrücke: die Schaam zu entblößen, abzielen;

Und wenn ad II) die angeführte grauissima praesumtio eintreten soll, dazu schliessende Umstände in facto, dergleichen

in C. 12. X. de praesumt.

vorkommen, eintreten müssen, aus welchen auch die Zeugen, welche beide Theile nackend im Bette gesehen, schliessen konnten: se in ea intentione fuisse, vt se inuicem carnaliter cognoscerent;

Dahergegen in gegenwärtigem Falle die den Leuteranten befallene und fortdauernde Krankheit, derenthalben Leuterant sich zu Bette gelegt, alle Vermuthung eines Antriebes und Neigung zum Beyschlafe, zumal mit einer solchen Person, wie dessen erstes Eheweib beschrieben wird, entfernet;

bevor-

bevorab deren Umstände so mißlich worden, daß diese innerhalb 8 Tagen verstorben;

Und wenn dabey eine Möglichkeit annoch denkbar seyn könnte, Leuterant ad III) den Reinigungseid, wie er im Urtheile vorgeschrieben ist, zu leisten verbunden, und damit allen möglichen Verdacht abzulehnen vermag; wie darauf in ähnlichen Fällen von den Rechtslehrern mit Bestande erkannt worden.

I. H. Boehmer in Conſ. et Dec. tom. 3. part. 2. arg. 109.

Und soviel ad IV) das auf verschiedene Weise erwachsene Aergerniß betrift, solches nach den dabey eintretenden Gründen in der Consultation der theologischen Facultät ausführlich erörtert worden; Und wenn daher Leuterant den auferlegten Eid vorgeschriebenermaßen ableistet, an der rechtlichen Zulässigkeit der nachgesuchten Dispensation kein Bedenken eintreten mag;

Solchemnach V) es zu der gratioſa iurisdictione eccleſiaſtica des Hochfürstlichen Conſiſtorii A. C. gehöret, die gesuchte Dispensation auch in Rücksicht des unschuldigen Kindes um so mehr zu ertheilen, als der kirchlichen praxi angemessen ist, eine einmal geschlossene Ehe in einem zulässigen Fall nicht leicht wieder aufzuheben, sondern vermittelst Dispensation zu bestätigen;

Pufendorf tom. 1. obſ. 64. §. vlt. in f.

Als

Als sind wir, wie im Urtheile enthalten, zu erkennen bewogen worden.

Ordinarius, Senior und sämmtliche Assessores der Juristen-Facultät, auf der Königl. Großbrittannischen und Churfürstl. Braunschweig-Lüneburgischen Georg-Augustus-Universität zu Göttingen.

S.

Decretum.

Demnach der Krüger Johann Friderich Mollenhauer in Förste, in Gemäßheit des von der theologischen und juristischen Facultät auf der Universität Göttingen eingeholten, und am 16ten August d. J. publicirten Urtheils, den ihm auferlegten Eid actu corporali dahin abgeleistet hat: daß er mit der in der Kirche zu Förste ihm als Ehefrau angetraueten und bald darauf verstorbenen Witwe Karremanns, so wenig vor als nach der Copulation, also niemals, sich fleischlich vermischet habe; so wird nunmehro vom Hochfürstlichen Stift-Hildesheimschen Consistorio A. C. die von ihm, mit besagter Karremanns nachgebliebenen ältesten Tochter Justine Karremanns bereits heimlich eingegangene und durch gesetzwidrige Copulation vollzogene Eheverbindung hiedurch, mit Aufhebung des den 3ten Dec. 1795. ergangenen Cassatorii, vi iurisdictionis gratiosae pro matrimonio legitimo erklärt, zugleich aber auch der-

derselbe in die durch seinen Ungehorsam und Widersetzlichkeit verwirkte Strafe von zwanzig Goldfl. fällig vertheilet, welche er binnen 14 Tagen unausbleiblich anhero einzuliefern hat. Et fiat Schreiben an das Freyherrliche von Steinbergsche Gericht zu Wispenstein, cum acclusione copiae huius Decreti. Decretum in Consistorio Hildesheim den 14ten Septbr. 1797.

Hochfürstl. ꝛc.

den 2ten Oct. 1797. an den Krüger Mollenhauer insinuirt.

Look,
Consistor. Bote.

XII.

XII. Rechtsfrage.

Kann bei entstandenem Concurse die Frau des Cridars die wirkliche Einbringung des Brautschatzes durch ein schriftliches oder mündliches Geständniß desselben beweisen?

---

§. 1.

In dem schon bei der 7ten Rechtsfrage berührten Lampischen Concurse, verlangte die Ehefrau den eingebrachten Brautschatz vor allen Dingen zurück, und berief sich auf dessen Vorrechte. Es wurde ihr also auferlegt, dessen Einbringung rechtlich zu erweisen. Diesen Beweis wollte sie nun

1) durch die mit dem Cridar errichtete Ehestiftung,

2) durch eine Quitung des Cridars vom 22ten May 1782. worin er die Einbringung in Gegenwart eines Dritten schriftlich bekannt hatte und

3) durch das in dem Liquidations-Termine am 22ten Octob. 1782. hinzugekommene gerichtliche Geständniß des Cridars erweisen.

Sie

Sie stützte sich dabei hauptsächlich auf die von vielen Rechtslehrern angenommene Meinung, quod confessio mariti de dote illata, ex intervallo temporis et ante motum concursum facta sufficiat ad probandum illationem factam.

§. 2.

Demnach wurde dieser Beweis der Einbringung nicht für hinlänglich angenommen, und zwar aus folgenden wichtigen, und von den Gesetzen und den angesehensten Rechtslehrern anerkannten Rechtsgründen:

1) weil zwischen Mann und Frau eine gar zu genaue Verbindung bestehe, folglich gar zu großer Verdacht eines Vorgebens (Simulation), oder einer Verabredung (Collusion) bei dem Geständnisse eines verschuldeten Mannes eintrete. Necesse enim est ad hoc, ut mulier iure praelationis uti possit, dotem actualiter numeratam et illatam probari,

L. 12. C. qui pot. in pign.

nec sufficit ad hoc confessio mariti. Quis enim non animadvertit, mariti confessionem de dote recepta constante matrimonio factam, si neque numeratio intervenerit, neque dotis constitutio praecesserit, suspectissimam esse,

L. 27. §. de probat.

L. 27. §. de legat. 3.

cf. Carpz. P. I. Const. 28. Def. 72.

quare,

quare, si confessio etiam facta sit in instrumento publico et guarentigiato, aut in testamento, neutro tamen casu mulier iuratur ex confessione mariti, ne quidem, ut chirographariis et personalem actionem habentibus praeferatur;

Carpzov. l. cit. Def. 73. ibiq. cit.

quinetsi confessio iuramento mariti fuerit confirmata, non tamen inde efficitur, ut doti confessatae tribuendum sit praelationis privilegium, ob suspicionem falsitatis, quae hoc in casu *iuramento non probatur*, tum quod iuramenti virtus et effectus tertio nequeat praeiudicare, tum quod confessio eiusmodi nil aliud sit, quam donatio inter virum et uxorem, quae constante matrimonio iuramento non roboratur,

Carpz. l. cit. ibiq. cit.

et quum confessio mariti dotem numeratam non possit probare, quia huius testimonium suspectum habetur, adeoque plenum est simulationis et consilii fraudis. Sic et non audienda erit mulier, si in supplementum iurare velit, quippe quod iuramentum suppletivum locum haud habeat, si non semiplena probatio praecesserit, quae per unum testem omni exceptione maiorem perficitur.

Mynsinger Cent. 1. obs. 68.
Carpzov. l. c. def. 75.

L.

L. 14. C. inf. de contr. et comm. ftip.
L. 18. C. de teft.

2) weil das Zeugniß des Mannes, wenn es auch lange vor dem Concurſe abgegeben worden, doch, wenn es beweiſende Kraft haben ſollte, zu einer ſolchen Zeit abgegeben ſeyn müßte, wo er noch nicht ſehr verſchuldet geweſen ſey, und ihm noch kein Concurs gedrohet habe.

Finkelhaus ſagt deshalben obſ. 22. n. 18.

modo tempore confeſſionis non appareat aes alienum, cuius intuitu maritus praeſumeretur confeſſionem feciſſe, et modo inter vxorem et teſtem ceſſet patria poteſtas, bonorum communio et cohabitatio;

cf. *Brunnem.* de Proc. Conc. Credit. c. 5. §. 32.
Carpz. l. cit. Def. 78. et 81.

In dem vorliegenden Falle aber ſey das Zeugniß nur 5 Monathe vor entſtandenem Concurſe von dem Manne abgegeben, und könnte durch den Inhalt der Eheſtiftung ſo wenig, als durch das bei ſchon erregten Concurſe wiederhohlte Geſtändniß des Cridars glaubhafter werden; weil die Eheſtiftung nur Verſprechung, nicht aber Einbringung eines Brautſchatzes erwieſe, und ſo das nachmahlige Geſtändniß des Cridarii, da es während des Concurſes abgegeben ſey, gar keinen Glauben verdiente.

XIII.

XIII. Rechtsfrage.

Vor welches Gericht gehören Zehntsachen geistlicher Körper?

Der gewesene Kammergerichts-Beisitzer Gail schreibt Obs. L. 1. obs. 38. Decimarum controversiam in petitoris ad iudicem ecclesiasticum spectare, dubium non est. Ratio, quia decimae sunt res spirituales, et reditus ecclesiae. Ideo ad forum ecclesiasticum spectant. Et ideo in Camera appellationes in causis decimarum in petitorio non recipiuntur.

Nicht weniger ist in des vormahligen Kammergerichts-Beisitzers, *Mynsingers* Obs. Cent. 1. obs. 100. enthalten: Si incidat quaestio spiritualitatis in causa civili, tunc illius decisio remitti solet ad iudicem ecclesiasticum. Ita aliquoties observatum memini in Camera, et iudicatum ut in causa decimali ratione Parochiae in Michelvelt fuit iudicatum ex officio, quod ille punctus, an Comitis subditi in assignatis pagis teneantur actori solvere decimas, ad ordinarium iudicem ecclesiasticum remittendus sit.

Die Kammergerichts-Erkenntnisse von A. 1699., und von A. 1752., wovon ersteres in *Lu-*

Ludolfs Obſ. For. T. 3. obſ. 281., und das zweite in v. *Cramers* Nebenſtunden P. 82. Abhandl. 6. et 7. §. 23. et 24. anzutreffen iſt, ergeben auch, daß in Zehntſachen, in welchen Geiſtliche wider Weltliche das Petitorium angeſtellet haben, das Verfahren des weltlichen Richters für nichtig erkläret iſt, und die klagende Theile an die geiſtliche Gerichte verwieſen ſind. Es wird alſo ſolches noch vielmehr geſchehen, wenn der Beklagte in einem ſolchen Falle ſein forum ordinarium bei den geiſtlichen Gerichten hat. Dieß iſt jedoch, wenn der Beklagte ein Weltlicher iſt, den Rechten wol nicht gemäß, da die Streitigkeiten über Zehnten, welche den Weltlichen zuſtehen, und mithin ſeculares geworden,

van *Eſpen* in Jure eccleſiaſtico tit. 32. c. 4. §. 38. et ſequ.

quoad petitorium, vor die weltlichen Gerichte gehören,

Pertſch in Elementis Juris Canonici parte 1. §. 849. n. 2.

Engel in Collegio Juris Canonici L. 3. tit. 30. n. 59. in fine.

Werndle vom Zehndt-Rechte, L. 4. cap. 6. p. 290.

und in cap. 5. X. de foro competente verordnet iſt: ſi clericus laicum de rebus ſuis vel eccleſiae impetierit, et laicus, res ipſas non eccleſiae eſſe aut clerici, ſed ſuos proprias, aſſeverat, debet de rigore iuris ad forenſem iu-

iudicem trahi, cum actor forum rei sequi debeat, licet in pluribus partibus aliter de consuetudine habeatur.

Nun aber ist es wol keinem Zweifel unterworfen, daß die Hospitäler und deren Vorsteher ihr forum ordinarium bei den geistlichen Gerichten haben, und daß die Güter der Hospitäler den Kirchengütern gleich geachtet werden.

Boehmer in Jure Eccles. Protest. T. 1. L. 2. tit. 1. §. 31. T. 2. L. 3. tit. 5. §. 24. et T. 3. L. 3. tit. 36. §. 38.

Schilter in Institutionibus Iuris Canonici L. 1. tit. 10. §. 7. et 9.

Schrader de caussis fori ecclesiastici cap. 2. §. 3. p. 270. et 271.

Cramer in Nebenstunden parte 37. p. 54.

Moser von der teutschen Justizverfassung part. 1. §. 826. und von der Landeshoheit im Geistlichen p. 5. und die von ihm daselbst angeführte Anmerkungen zu dem Codice Iuris Bavarici des Churbaierschen Vice-Canzlers von Kreitmayr p. 16.

Lancelottus in Institutionibus Iuris Canonici L. 2. tit. 23. §. 1.

Es ist jedoch in so weit, in Ansehung der Hospitäler, welche nicht mit Benediction und guter Auctorität der Bischöfe, gestiftet sind, eine Ausnahme zu machen,

Boeh-

Boehmer l. cit. T. 3. L. 3. tit. 36. §. 34. 35. et 43.

woran aber bei der hier in Rede stehenden Stiftung kein Mangel war; wie denn auch solcher Beirath und Segen, da diese Stiftung schon im zwölften Jahrhundert geschehen seyn sollte,

Vid. Lauensteins Historia Diplomat. Episcop. Hildesiensis p. 312.

schon zu vermuthen stand.

Gesetzt nun, daß dies Hospital und dessen Vorsteher bei den weltlichen Gerichten ihr forum ordinarium hätten, so würde ein geistliches Gericht, nach katholischen Grundsätzen, wenigstens nicht ausgeschlagen werden können, weil Dahingehörigkeit der Sache nicht zu leugnen steht, und das geistliche Gericht als das würdigere (forum dignius,) vorzuziehen ist, wenn ein Geistlicher und ein Weltlicher in einer Sache zu belangen sind.

Boehmer l. cit. T. 1. L. 2. tit. 2. §. 50.

Wenn Güter der Kirchen und der Hospitäler einander müssen gleich geachtet werden, so sind auch die Güter der Hospitäler entweder kirchliche oder weltliche Güter.

Vormahls sind alle Güter der Kirchen und Hospitäler kirchlich gewesen, in nachfolgenden Zeiten aber hat man keine andre für kirchlich (bona ecclesiastica) halten wollen, als diejenigen, womit die geistlichen Körper bei ihrer Stiftung ausgestattet sind, und welche zugleich durch die Ein-

wei-

weihung, Geistlichkeit (spiritualitatem) erhalten haben.

Boehmer, in Iure Parochiali Sect. 5. cap. 3. §. 10. 11. 12.

Wamesius, in Responsis, de iure Pontificio, T. 1. Consil. 231. n. 2. seq.

Es ist jedoch sehr ungewiß, ob nicht noch mehrere Güter der Kirchen für kirchlich geachtet werden müssen, indem die Meinungen der Rechtsgelehrten und die Gebräuchlichkeiten (observantiae) in so weit ungleich sind. Zum wenigsten scheint es ex cap. I. X. de Censibus zu folgen, daß alle decimae ecclesiarum, et hospitalium, ad bona ecclesiastica gehören, wenn gleich nicht mit zur ersten Ausstattung (ad dotem) gerechnet werden können.

Ueber die Kirchengüter erkannten vordem auch die weltlichen Richter quoad petitorium.

S. weil. Vicecanzler Strube im Unterrichte von Regierungs- und Justizsachen p. 16. nota b. p. 17. 18. 19. p. 21. nota c. p. 22. 23. und in Observat. Iuris et Hist. Germanicae Decade obs. 7. §. 1. et 2. wie auch in den rechtlichen Bedenken parte 1. n. 181. §. 1.

Es ist aber in so weit, vermuthlich im 13ten und 14ten Jahrhunderte, eine Veränderung eingetreten,

Strube in Bedenken l. cit. §. 2.

daß

daß in Rücksicht der Kirchengüter das petitorium nur allein vor die geistlichen Gerichte gehört.

Boehmer in Iure Ecclesiast. T. 1. L. 2. tit. 2. § 14. et 31. ab eoque §. 14. cit. Felicianus de Oliva de foro ecclesiae P. 1. quaest. 7.

Strube in Observatt. Iuris et Hist. Germ. l. cit. §. 4.

Daß die weltlichen Güter, welche den Kirchen und Hospitälern zustehen, den weltlichen Gerichten, unter deren Gerichtsbarkeit sie liegen, unterworfen sind, und daß bei diesen Gerichten, in Ansehung solcher Güter, actiones reales angestellt werden können, leidet keinen Zweifel. Weil aber auch alle actiones reales nicht allein bei dem Gerichte, worin die Sache liegt, (in foro rei sitae) sondern auch bei dem Gerichte, unter dem der Besitzer des in Anspruch zu nehmenden Guts steht, angestellt werden können; und weil der Besitzer schuldig ist, sich bei diesem darauf einzulassen:

Lauterbach in Coll. Theor. Pract. L. 5. tit. 1. §. 46.

Leyser Sp. 72. med. 9.

so dürfen auch Sachklagen wider eine Kirche oder ein Hospital, ein weltliches Gut betreffend, bei den geistlichen Gerichten erhoben werden.

Es sind jedoch Voet, und die von ihm Angeführten,

in Comment. ad ff. L. 5. tit. 1. §. 77.

der Meinung, daß nur allein Sachklagen vor dem Gerichte, in dessen Ambacht sie liegen, angestellt werden könnten.

Es ist auch noch in *Ludolfs* Diss. de iurisdictione officialium in caussis civilibus, Aphor. 6. nota t. in Obs. For. parte 3. p. 324. enthalten: Ad personales saltem actiones restricta est Iurisdictio Officialium, exclusis realibus omnibus. Rationem puto esse, quod reales magis ad Territorii Iura, quae proinde spiritualem qualitatem induere non possent, pertinere existimatum. In personalibus vero facilius id procederet. Allein diese Meinung ist von Ludolf mit nichts bewiesen, und der von ihm angeführte Lüttichsche Rechtsgelehrte Luvrex hat solche nie behauptet. Es stimmt auch das von Ludolf in so weit Vorgetragene mit dessen Obs. 280. et 281. schlecht überein.

So ist auch in weil. Kanzler Zimmermanns Vindiciis des höchstverletzten Landesfürstlichen Respects, edit. 1696. p. 107. zu finden, daß die clerici, quoad actiones reales, den weltlichen Gerichten unterworfen wären. Es zeigen aber die von ihm angezogenen Stellen, daß er weltliche Güter der Geistlichen, und bei den weltlichen Gerichten angestellte Sachklagen vorausgesetzt hat.

In Cramers Nebenstunden Parte 103. Abhandlung 2. finden sich Gedanken, welche ihm, nach seiner Angabe, von einem großen Rechtsgelehrten zugekommen, (den Moser in der Abhand-

lung

lung von der teutschen Justizverfassung parte 1. p. 837. für den Chur-Mainzischen Geheimen Rath von Horix hält.) Hierin findet sich §. 3. p. 357., unter andern nicht Ungegründeten, jedoch nicht Unbekannten, der Satz mit vielen Anführungen versehen: quod causae temporales personarum ecclesiasticarum mediatorum, ubi nec de correctione morum, nec de disciplina ecclesiastica, sed de causa pecuniaria agitur, in prima et secunda instantia ad iurisdictionem Episcopalem et Archiepiscopalem, in tertia vero ad suprema Imperii Tribunalia pertineant. Allein die allegata sind alle falsch, und die kundige Unrichtigkeit des eben Angeführten läßt nicht glauben, daß Horix der Verfasser der gedachten Gedanken sey. Indessen äussert Cramer doch, daß dieselben verdienten, mitgetheilt und aufbewahrt zu werden. — Wie wunderbar klingt doch das, und wie leicht kann es Unerfahrene irre führen!

XIV. Rechtsfrage.

Ob Gläubiger in einem Fürstenthume, durch die Einwilligung des größesten Theils der auswärtigen Gläubiger, Jemand zum gemeinschaftlichen Sachführer zu bevollmächtigen, könne gezwungen werden?

Es scheint auf den ersten Blick, als wenn die Bejahung der hier vorgelegten Frage aus folgenden Gründen zu behaupten sey:

1) weil es offenbar den Rechten gemäß ist, quod major pars Creditorum dilationem solutionis concedere, imo partem debiti remittere possit,

L. 7. §. fin. L. 8. 10. ff. de Pact.
L. 8. C. qui bon. ced. poss.

et beneficium moratoriae dilationis a majore parte Creditorum obtentum ita arctat minorem, ut Magistratus auctoritatem et decretum, ad exprimendum reliquorum consensum, interponere queat;

Zan-

Zanger de except. p. 2. c. 11. n. 2.

Quod enim pluribus placet, haec ſtatim humanior ſententia duriore rejecta praeferri et eligi debet,

L. fin. C. qui bon. ced. poſſ.

Nam quod a majore parte factum eſt, ob omnibus factum videtur, et propterea plurium creditorum conventio reliquos etiam obligat,

Arg. L. 9. §. 4. ff. quod cujusve univerſ. nom.

quum injuſta aliquorum contradictio non debeat impedire juſtam voluntatem aliorum.

Seraph de Seraphin. tr. de priv. juram. priv. 114. n. 1.

Wie nun der größeſte Theil der Gläubiger über den Vergleich ſelbſt entſcheidet, ſo möchte auch davon die Beſtimmung des gemeinſchaftlichen Bevollmächtigten abhangen.

2) Dies ſcheint ferner darauf nach richtiger Folgerung ſich zu ergeben, daß, wenn nach dem Zuſammentritt der Gläubiger der größte Theil derſelben einen tüchtigen Beſorger (Curator) vorſchlägt, ihn der Richter dazu beſtätigen muß.

Dennoch aber kann das, was von den meiſten Gläubigern geſchloſſen iſt, für keinen Schluß und für keine Verwilligung der ſämmtlichen Gläubiger gehalten werden, weil die Gläubiger des andern

andern benachbarten Landes nicht gebührend zu der im Auslande angestellten Zusammenkunft eingeladen, und dabei erschienen sind, oder, wenn gleich Einige dabei sollten gegenwärtig gewesen seyn, diese von den übrigen Ausgebliebenen keine Vollmacht, einen gemeinschaftlichen Sachführer zu bestimmen, gehabt hatten, und also dies für die übrigen gar nicht bindend ist.

L. 7. §. fin. ff. de Pact.

Es kommt auch in solchen Fällen, wo Einzelne können gefährdet werden, auf die Mehrheit der Stimmen allein nicht an, noch verbindet der mehrere Theil den geringern.

Homborg. Resp. 159. n. 51.
Böhmer Conſ. Vol. 2. P. 2. conſ. 787. n. 20. p. 40.

In dem Falle aber, welcher diesen Aufsatz veranlaßt hat, war den Gläubigern des nachbarlichen Landes sowohl der Kosten halber, als aus andern höchst wichtigen Ursachen, (z. E. um sich nicht noch mehr Sorgen und Beschwerden zuzuziehen,) äußerst daran gelegen, daß die einheimischen sehr beträchtlichen Güter des Cridarii von einem Einheimischen, an dem Wohnorte desselben, und wo diese ansehnlichen Güter gelegen, angesessenen Mann verwaltet würden; zumahl da gar leicht ein Fall sich ereignen konnte, da Verzug gefährlich oder verderblich wäre.

Homborg. Resp. 72. n. 21.

Hier würde es also sehr unbillig gewesen seyn, wenn z. B. Hildesheimische Gläubiger einen Hannove-

noverischen gemeinschaftlichen Sachführer zu bevollmächtigen hätten sollen gezwungen werden, oder welches einerlei ist, wenn die Mehrheit der Stimmen hier einen Ausschlag hätte geben sollen. Wenigstens mußte es denen Hildesheimischen Gläubigern vollkommen frei stehen, (wie es auch durchgesetzt ist), sich von den Auswärtigen zu trennen, und für sich einen besondern Sachführer zu bestellen, indem es ja in ihrer Willkühr stand, ob sie auch die Güter gar nicht wollten durch Andere verwalten lassen, wenn sie dies ihrem Vortheile gemäßer befanden. Also kann auch die Mehrheit der Stimmen welche nur bei Sammlungen (Collegiis) statt findet, darin keine Aenderung machen, sondern es dienet die Rechtsregel: quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari' wie in allen rebus communibus, auch hier zur Richtschnur.

Horn. Resp. Class. 16. Resp. 17. pag 1284.

Heeses de bon. comm. div. p. 1. loc. 3. n. 15.

Böhmer Cons. Vol. 2. P. 1. Cons. 325. n. 44. 45. pag. 425.

Dies wird auch nicht durch das gleich anfangs beregte aufgehoben, daß der größere Theil der Gläubiger etwas von der Schuld nachlassen und Zahlungsverschub bewilligen könne, weil hier, wie in L. 7. §. fin. ff. de Pactis erfordert wird, die **sämmtlichen Gläubiger** nicht zusammen getreten waren, und solche Verfügungen sich auch auf den vorliegenden Fall gar nicht anwenden lassen, weil diese den besondern Zweck haben, für alle Gläubiger

biger samt und sonders zu sorgen, daß nicht einige Wenige, die vielleicht geringe Foderungen haben, zum Nachtheile der übrigen, die große Summen zu fodern haben, einen diese bindenden Vergleich machen können; oder wie Carpzov sagt: ut creditoribus omnibus *ex aequo* consulatur, ne si pauciores debitori dilationem concedere aut minimum remittere renuant, unusquisque creditorum integra crediti summa carere cogatur.

Carpzov. Iurispr. for. P. 2. Const. 22. def. 27. n. 12.

Qua de causa pactum plurium creditorum reliquis etiam privilegiatis praejudicare vult Rescriptum D. Marci in L. 10. ff. de Pact. *modo tamen singuli ad ejusmodi pactionem legitime requisiti et citati fuerint.*

Anton. Faber in Rat. dict. L. 10. ff. de Pact. lit. a. *Strach.* de decoctor. part. 6. n. 9.

qua ratione cessante, cessat ipsa legis dispositio.

Deswegen behaupten auch die bewährtesten Rechtslehrer, daß der geringere Theil der Gläubiger das, was der meiste Theil beliebt und geschlossen hat, anzunehmen nicht schuldig sey, sobald nur könne dargethan werden, daß die Meinung des größern Theils eine Unbilligkeit enthalte.

J. P. Surdus, Cons. 65. incip. Consilium loci. n. 21. etc. Lib. I.

A.

A. Trentacinq. L. 3. resolut. tit. de solution. resol. 3. n. 10.

Stracha de decoctor. p. 6. n. 16.

Wilhelm Anton. de rescript. morator. conclus. 15. n. 36. 37. etc.

Richter, Consil. 33. num. 40. pag. 212.

Talis enim iniquitas adaequatur notoriae nullitati, quae nullum producere potest effectum.

M. Wesenbec. conf. 1. sub num. 48.

Richter. d. consil. 33.

indeque etiam, si agitur de usuris remittendis ex parte vel in totum, consensus majoris partis creditorum chirographariorum non praejudicat hypothecariis,

Pryckmann. Vol. 2. consil. 18. n. 112.

quum alteri per alterum iniqua conditio inferri non debeat.

L. 74. ff. de R. I.

Reg. 22. de R. I. in 6.

Richter. d. Resp. 33. n. 41.

Was übrigens von den Besorgern, (Curatore) welche beim Zusammentritte der Gläubiger und Beweisen ihrer Foderungen bestellt werden müssen, wozu die Stimmen pflegen gesammlet zu werden, angeführt werden kann, ist nicht von dem Falle

Falle zu verstehen, wenn die geringeren Gläubiger aus vernünftigen Ursachen widersprechen, vielweniger auf die Bestellung eines außergerichtlichen gemeinschaftlichen Sachführers in einer Gesamtklage über Güter, die in mehrer Herrn Ländern belegen sind, auszudehnen.

Obige Frage ist also zu verneinen, und wenn gleich die in den Entscheidungsgründen angeführten Punkte keinen genugsamen Grund haben mögten, so würde ich wenigstens in einem ähnlichen Falle für beyde Theile zuträglicher halten, daß man sich die Trennung gefallen ließe, um nicht das ganze Geschäft, welches zu der sämmtlichen Gläubiger Beßten abzielt, zu vernichten. Dagegen scheint mir auch nicht das Gesetz zu seyn *in L. 8. C. qui bon. ced. poss.* weil dies nur von dem Falle spricht, wenn alle Gläubiger, sowohl die, welche eine Verschreibung, als auch die, welche Handscheine haben, darüber eins sind, daß sie dem Schuldner entweder Zahlungsfrist gestatten, oder seine Güter zur Befriedigung annehmen wollen, bei der Wahl aber zwischen zu gestattender Zahlungsfrist oder Annahme seiner Güter zur Bezahlung, nur uneins sind. Wenn sie also nicht über diese Wahl uneins sind, sondern sich auf beides, Zahlungsfrist und Abtretung der Güter, nicht einlassen wollen, ist die Sache ganz anders.

XV. Rechtsfrage.

Erstreckt sich im Hochstift Hildesheim das Freundschaftsrecht (retractus gentilitius) auch auf erst neuerdings erworbene unbewegliche Güter? und kann sich dessen auch ein Seitenverwandter bedienen, wenn keine Abkömmlinge (descendentes) da sind?

Hier sind eigentlich drei Fragen in Untersuchung zu ziehen:

1) Findet das Einspruchsrecht wegen des Rechts der Blutsverwandschaft, das sogenannte **Freundschaftsrecht** im Hochstift Hildesheim überhaupt Statt?

2) Kann es auch bei erst neuerdings erworbenen Gütern gebraucht werden?

3) Hat auch ein Seitenverwandter das Recht, wenn keine Abkömmlinge da sind, sich dessen zu bedienen?

§. 1.

§. 1.

1) Findet das Einspruchsrecht oder **Näherrecht**, als Blutsverwandschaftsrecht überhaupt Statt?

Es ist außer Zweifel, daß durch das neuere römische Recht das Einsprechen eines Guts der Blutsverwandschaft wegen, ausdrücklich verboten sey.

L. 14. C. de contr. E. V.

Stryck, U. M. Lib. 18. T. 1. §. 16.

Leyser ad ff. spec. 193. med. 1.

Allein, da das römische Recht in ganz Deutschland nur in so weit zur Hülfe aufgenommen ist, als wir keine einheimische Gesetze und Herkommen haben: so muß unsre Untersuchung darauf gehen, ob wir in Deutschland, und besonders im Stifte Hildesheim, kein dem Römischen Rechte entgegenstehendes Gesetz, oder Gewohnheitsrecht haben. Diese Rechtsregel ist auch durch die Stift-Hildesheimischen Landesgesetze bestätigt. Denn, obgleich die Gerichte durch Churfürst Ernsts Kanzleiordnung de 1710. pag. 3. und durch die Hofgerichtsordnung Tit. 1. §. 3. angewiesen sind, sich im Urtheilen nach dem Römischen Rechte zu richten: so zeigt sich doch durch die bestimmten Ausdrücke eben derselben Gesetze, wo es heißt: „es sollen die vorkommenden Rechtshändel nach den wohl hergebrachten alten Gebräuchen und Gewohnheiten beurtheilt und entschieden werden“ sehr bald, daß die erste Stelle von dem Gebrauche

che des Römischen Rechts, blos zur Beihülfe redet.

Das Freundschaftsrecht (der retractus gentilitius) ist aber in Deutschland, der Regel nach, und besonders im Hochstifte Hildesheim, gültig. Wir haben dafür

1) ein Gesetz: die Constitution Kaiser Friedrichs des Zweiten in II. Feud. 13. Obgleich verschiedne große Rechtslehrer

Leyser, l. c. sp. 196. med. 3.

Stryck, *U. M.* l. c.

behaupten, das Freundschaftsrecht lasse sich hieraus nicht erweisen, weil diese Verfügung keine gesetzliche Kraft erhalten habe, indem sie den Deutschen nicht öffentlich bekannt gemacht sey, sondern blos von den beiden italischen Rechtsgelehrten **Ardizo**, und **Alvavottus** in ihren Commentarien aufbehalten, und aus diesen von Cujaz genommen worden: so hat doch die Gegenmeinung viele Gründe, und die Meinung vieler Rechtslehrer

Grönewegen de L. L. abrogatis ad L. 14. C. de contr. E. V.

Böhmer diss. de fund. retract. duplicis in agris Hamburgensib. usitat.

für sich. Indessen würde es überflüßig seyn, diesen Punkt näher zu untersuchen, weil sich unsre Behauptung völlig dadurch beweiset, daß

2) das Freundschaftsrecht durch ein allgemeines, und, wie leicht zu erweisen stehet, auch im Hochstifte Hildesheim geltendes Gewohnheitsrecht eingeführt ist. Die Ueblichkeit dieses Gewohnheitsrechts bezeugen a) die alten deutschen Gesetze z. B. Lex Saxonica Tit. XVI.

Sachsenspiegel L. 1. art. 52.

Schwabenspiegel, editio *Meichsneri*. fol. 66.

b) Die Scriptores rerum germanicarum, z. B.

Leibnitii Scriptores rerum Brunsuicensium. Tom. I. pag. 81.

c) Viele bewährte Schriftsteller.

Brunnemann ad L. III. C. de contr. E. V.

Mevius, ad jus Lubecense P. III. T. 2. art. 1. n. 1.

Gail, p. 2. obs. 19.

Koep. decis. 52. n. 15.

Struben de iure villicorum. pag. 357.

a Ludewig, in reliqu. manuscriptis diplomatum. T. 4. praef. §. 5.

Idem de diff. iuris rom. et germ. in donatione. diff. 5.

Hiermit stimmt auch der alte deutsche Grundsatz überein, daß Niemand nach den Gesetzen ein Guth ohne Bewilligung seiner Anverwandten verkaufen dürfe. Daß das Einspruchsrecht auch in Nieder-

sachsen

sachsen, besonders im Hochstift Hildesheim, durch kein Gesetz, oder entgegenstehendes Gewohnheitsrecht abgeschaft sey, führt Struben an in seinen Nebenstunden;

T. 5. obs. 32. pag. 63.

Idem de iure villicorum cap. 8. §. 18. ibique alleg. etiam al. doctor.

auch beweisen dies viele ältere Urtheilssprüche der Landesgerichte im Hochstifte Hildesheim. Durch die Annahme des Römischen Rechts ist aber das Einspruchsrecht eben so wenig als andre alte deutsche Rechtsgewohnheiten, aufgehoben, und, obgleich der verstorbene Kanzler Selchow sagt: quod non omnes prouinciae Germaniae hoc ius agnoscant,

in elem. iur. germ. L. 4. c. 1. Sect. 2. §. 591. et in not. 8.

so sind dies doch nur Ausnahmen von der Regel, die überall, besonders aber im Stifte Hildesheim nicht vermuthet werden, weil Schriftsteller und ältere Urtheilssprüche, wie oben gesagt ist, das Gegentheil bezeugen.

§. 2.

2) Kann das Freundschaftsrecht bei erst jüngst erworbenen Gütern angewandt und benutzt werden?

Obgleich ein großer Rechtsgelehrter

Berger oecon. iur. L. 3. T. 5. §. 13. n. 1.

sagt: cum repugnet retractus libertati commerciorum, strictae sit interpretationis, und es also scheint, als wenn dies Recht blos auf hergeerbte Güter (bona avita), nicht auf neuerworbene anzuwenden sey; auch andre Rechtslehrer

Eisenhardt inst. iur. germ. Lib. 3. T. 8. §. 14.

Engau elem. iur. germ. L. 3. T. 8. Sect. §. 80.

das Freundschaftsrecht angeben als ein den Blutsverwandten zuständiges Recht, Grundstücke die ihre Vorfahren besessen, wenn sie an Fremde verkauft würden, einzusprechen und sagen, (Berger l. c. Carpz. 2. 31. 14.) ut regulariter tantum locum habeat in bonis avitis; cuiusmodi bona intelliguntur respectu alienantis, non retrahentis, ita ut ea oporteat esse ab avo alienantis et proavo retrahentis adquisita ac (Leyser sp. 193. med. 3.) in bonis noviter adquisitis cesset retractus consanguinitatis: so kann man doch mit Recht die Gegenmeinung behaupten. Denn, da sich die Meinung der gedachten Rechtslehrer besonders auf eine geschichtliche Thatsache gründet, so muß man hier nicht blos Rechtsgelehrte, sondern auch Geschichtsforscher zu Hülfe nehmen. Man sagt nehmlich, die alten Deutschen haben blos die Absicht bei dem Blutsfreundschaftsrechte gehabt, die Familiengüter bei der Familie zu erhalten; allein, daß diese Behauptung falsch sey, und daß die Deutschen, auch auf die jüngstange-

schafften

schafften Güter, ihre Absicht gerichtet haben, beweisen aus historischen Untersuchungen

Bader act. diss. §. 41.

Lahn, de retractus gentilitii medio aevo usitati memoria vere germanica. §. 20.

daß aber auch noch jetzt das Freundschaftsrecht bei neuerworbenen Gütern Statt findet, bezeugen

Reinking, de retractu consanguinitatis Qu. 3. n. 10. et n. 34.

Moers, in Diss. de iure protimiseos. §. 39. et not. 3.

Besonders aber ist dies der Fall, wo, wie im Stifte Hildesheim, das Einspruchsrecht überall, und ohne Einschränkung beibehalten ist.

Reinking d. l. n. 30.

Tiraquell de retr. lin. §. 32. glossa un. nro. 8.

Struv. Exerc. 32. thes. 60.

Nähme man auch die Gegenmeinung an, so würden doch beinahe alle verkaufte Güter für Familiengüter (avita) zu halten seyn, weil nach der Meinung vieler bewährten Rechtslehrer,

Reinking l. c. nro. 37.

neuerworbene unbewegliche Güter, sobald sie auf Abkömmlinge vererbt sind, Familiengüter werden, welches, wie einige meinen,

Reinking l. c. nro. 40.

Gail L. 2. obſ. 10. nro. 2.

auch der Fall iſt, wenn der Erwerber (acquirens) unbewegliche Güter geraume Zeit z. B. 10 Jahre beſeſſen hat, weil man daraus ſchließen kann, daß ſolche Güter beſtimmte Familiengüter ſeyn ſollen.

§. 3.

3) Hat auch ein Seitenverwandter das Recht, ſich, wenn keine Abkömmlinge da ſind, des Einſpruchsrechts zu bedienen?

Der Grund des Einſpruchsrechts iſt nicht, wie Einige, der Natur und dem Urſprunge dieſes Rechts zuwider, behaupten,

Leyſer ſp. 193. med. 4.

Boehmer T. 3. P. 2. dec. 306. n. 4.

ein Erbſchaftsrecht, ſondern gründet ſich auf das Recht der Anverwandſchaft und Blutsfreundſchaft. Ius retractus nititur *iure cognationis et ſanguinis*, non hereditatis; et in *conſanguinitate* tantum habet locum retractus.

Reinking Qu. 2. n. 62.

Zöſius ad ff. Lib. 18. Tit. 3. nro. 40. 48.

Nach dem gemeine Rechte,

Reinking l. c. nro. 55.

welches

welches im Hochstifte Hildesheim nicht abgeändert ist, werden bei einem Einspruche die Grade der Erbfolge (successionis ab intestato) beobachtet. Da nun bekanntlich Seitenverwandte einen Verwandten, ohne daß er es so vermacht hat, beerben können; so können sie auch, zufolge des im Anfange dieses Abschnitts aufgestellten Grundsatzes, wenn keine Abkömmlinge da sind, das Einspruchsrecht brauchen.

Mevius ad ius Lubecense L. 3. T. 7. art. 1. n. 34.

Es ist auch nicht nöthig, daß der Einsprechende von eben der Linie sey, mit der, von dem die verkauften Güter herkommen,

Reinking l. c. nro. 58.

(*Berger* ist zwar anderer Meinung in seiner oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 13. not. 2. aber seine Meinung ist schon oben §. 2. widerlegt.)

wenn er nur ein ächter Blutsverwandter ist.

Brunnemann ad L. 14. C. de contr. E. V.

a *Pufendorf* obs. iuris universi. Tom. III. obs. 40. §. 1.

Auch schadet es ihm nicht, wenn nähere Blutsfreunde da sind, nur müssen sich diese des Einspruchsrechts nicht bedienen wollen: quum retractus iure, si uti nolit proximior, eo uti potest sequens in gradu.

Fachinaeus in controuersiis Pars 3. c. 17.

§. 4.

Die Gelegenheit zu einer genauern Untersuchung der eben abgehandelten Fragen gab folgender Fall: ein Bürger zu Hildesheim wollte das Einspruchsrecht an $2\frac{1}{2}$ Morgen Landes, die seiner Frau Schwester-Söhne verkauft hatten, geltend machen, und klagte deshalben Namens seiner Frau bei dem Hochstift-Hildesheimschen Amte Steuerwald, in dessen Gerichtsbarkeit das Land lag. Dies legte ihm den Beweis auf:

daß 1) im Amte Steuerwald die neuerworbenen unbeweglichen Güter dem Einspruchsrechte unterworfen, 2) die Seitenverwandte, wenn keine Abkömmlinge vorhanden, sich dessen zu bedienen befugt wären.

Dieses Urthel wurde in der Leuterungsinstanz, durch ein von der Juristenfacultät zu Jena eingeholtes Urthel bestätiget. Der Kläger, welcher sich durch dies Erkenntniß beschwert hielt, verwandte sich an Hochfürstliches Hofgericht, welches ihn von dem aufgelegten Beweise freisprach, und ihn, den in §. 1-3. aufgestellten Gründen gemäß, zu dem gesuchten Näherrechte zuzulassen befahl; bei welchem Erkenntnisse es auch am Ende geblieben ist.

XVI. Rechtsfrage.

Wenn eine Leibzucht unter gewissen Bedingungen angelobt, nachher aber solche, ohne Wiederhohlung dieser Bedingungen, von neuem versprochen ist: braucht alsdenn noch auf die Beobachtung der Bedingungen bei dem ersten Versprechen, Rücksicht genommen zu werden?

Diese Frage kam zur Sprache, als im Hofgerichte zu Hildesheim sich folgender Fall zutrug. Im Jahre 1773. wurde dem Besitzer eines Meierhofes versprochen, daß er, nach Verlauf von 6 Jahren, eine festgesetzte Leibzucht geniessen solle, wenn er alsdann den Hof seiner Stieftochter abtreten, und in der Zwischenzeit einige hundert Thaler in den Hof verwandt, und noch andre Bedingungen erfüllt haben würde. Noch vor Ablauf der 6 Jahre, trat der Stiefvater den Hof an seine Stieftochter und deren Ehemann ab. In der von den jungen Leuten errichteten Ehestiftung, die aber der Stiefvater nicht unterschrieben hatte, wurde diesem von neuem eine Leibzucht festgesetzt mit dem Zusatze:

daß

daß, weil er sich nicht, nach Maaßgabe des Vertrags von 1773., wie er gesollt, betragen, ihm die Leibzucht nicht anders zugestanden werden solle, als wenn er gewissen Verbindlichkeiten nachkomme.

Einige Jahre hindurch verlangte und erhielt der Stiefvater auch seine Leibzucht; nachher aber nicht mehr, — unter dem Vorwande, daß die Bedingungen des ersten Versprechens nicht erfüllt wären.

§. 2.

Es hat wohl keinen Zweifel, daß in Ehestiftungen auch dritten Personen etwas verbindlich versprochen werden könne,

Struben rechtl. Bed. Th. 1. B. 65.

wogegen auch nicht streitet:

quod in pactis dotalibus principaliter tantum inter ambos coniuges agatur.

Leyser sp. 311. med. 1.

In dem Falle aber, der zu dieser Frage Gelegenheit gab, kam noch hinzu, daß in der Ehestiftung selbst, diese für einen unwiderruflichen Vertrag erklärt wurde. Soll ein solches Versprechen aber (wenn es nicht etwa, wie hier wol angenommen werden könnte, eine bloße Nachsicht seyn soll) verbindlich seyn, so muß freilich in einem solchen Falle, wo eine bloße Zusage unverbindlich ist, die Annahme des andern Theils hinzukommen.

men. Da aber Handlungen, aus denen man schließen kann, hiezu hinlänglich sind, so mußte solche in dem erzählten Falle deswegen, **als geschehen**, angenommen werden, weil die Leibzucht schon, vor dem lezten Versprechen derselben, gefordert, erhalten und angenommen war.

§. 3.

Es konnten also die Bedingungen des ersten Versprechens durch die Ehestiftung aufgehoben werden. Geschahe dies aber schon dadurch, daß sie nicht wiederhohlt wurden? Ich glaube ja, denn die Vertragmachenden zeigten dadurch, daß dies ihre Absicht sey. Auch ist es bekanntlich Rechtens, daß **bei jeder Neuerung**, alles Hinzukommende als Einschränkungen, Bedingungen (z. B. beim Borgen, die Anweisung einer Sicherheit) als erlassene anzusehen ist, wenn es nicht wiederhohlt wird.

In diesem Falle hatte dies um so weniger Bedenken, da

1) der Nichterfüllung der Bedingungen gedacht wurde, ohne sie wiederholt aufzulegen, vielmehr war

2) eine andre Bedingung festgesetzt, auch

3) die Leibzucht verringert, wahrscheinlich in Rücksicht der nicht erfüllten Bedingungen, die auch, nachdem der Stiefvater den Hof schon verlassen hatte, ihrer Natur nach, nicht mehr erfüllt werden konnten.

Das Hofgericht schlug deshalben auch dem zur Leistung der Leibzucht verurtelten Stiefsohne die Processe ab.

XVII.

XVII. Rechtsfrage.

Wird die väterliche Gewalt über einen minderjährigen Sohn, durch die, mit Bewilligung des Vaters geschehene Verheirathung desselben, auch dann aufgehoben, wenn gleich kein besonderer Haushalt hinzugekommen ist, und kann der Sohn alsdann gültige Verträge schließen?

---

§. 1.

Vorläufig bemerke ich nur, daß, da der Vater sich ohne Zweifel ausdrücklich von der väterlichen Gewalt über seinen minderjährigen Sohn lossagen kann, solches, bekannten deutschen Gewohnheiten nach, auch stillschweigend (tacite), oder, wie andere besser sagen, geradezu (*ipso iure*) geschehen könne.

Eben so verstehet es sich von selbst, daß der Sohn, durch eine, wider Willen des Vaters geschehene Heirath, nicht von dessen Gewalt befreiet werden kann.

§. 2.

Eine sehr streitige Frage aber ist es, ob zu einer solchen emancipatione tacita filii per nuptias auch nothwendig sey, daß der Sohn einen besondern Haushalt habe? Mehrere Rechtslehrer behaupten theils, daß es überhaupt, theils, daß es wenigstens bei den Söhnen erfodert werde, z. B.

Stryck, U. M. L. 1. T. VII. §. 13.

Carpzov, P. 2. C. 10. def. 3.

J. H. Böhmer, introd. in ius D. Lib. 1. P. 7. §. 13.

Renz, in Diss. de mixtura iuris rom. et germ. in materia patriae potestatis §. 32.

Hiebey stützen sie sich theils auf das römische Recht, theils behaupten sie, indem sie, wie z. B. Stryck l. c. eingestehen, daß, nicht allein bei den Deutschen, sondern auch bei allen mit diesen verwandten Völkern, die Heirath bei beyden Geschlechtern zur Aufhebung der väterlichen Gewalt hinlänglich gewesen sey) daß dem jetzt gewöhnlichen, und einem allgemeinen Gewohnheitsrechte gemäß, der abgesonderte Haushalt nothwendig sey.

§. 3.

Was aber 1) das römische Recht betrift, so kann dasselbe nicht auf ein blos deutsches Geschäft, die stillschweigende Entlassung angewandt werden, wie

Hr. G. J. R. Pütter sehr schön zeigt in seinen Beytr. zum Staats- und Fürstenrechte, Th. 2. Nro. 27.

2) bezeugen die bewährtesten Schriftsteller, die Stryck l. c. zum Theil angeführt hat, die oben erwähnte Gewohnheit.

3) Die oben angeführten Rechtslehrer haben eine dies abschaffende Ueblichkeit auf keine Weise dargethan, welche sehr viele große Rechtslehrer mit Anführung der treffendsten Beyspiele, läugnen, z. B.

Euben observ. pract. ad Iust. Disp. 3. obs. 12.

Lauterb. coll. th. pr. L. 1. P. 2. §. 35.

In hac autem quaestione potissimum cuiusque loci ius singulare et consuetudo observanda.

Voet. ad ff. L. 1. T, 2. §. 13.

„(Filius nubens emancipatus est) quia inquit, familiae novae esse caput ac princeps, quem alienae potestati subiectum manere, inconveniens est — — nec intererit, utrum durante matrimonio cum uxore liberisque patri cohabitet, ab eoque alatus nec ne."

Mevius, ad ius Lubecense Lib. 1. T. 3. Nro. 25. ibique allegati DD.

Grupe, in discept. forens. plurib. in locis ibique alleg. DD.

§. 4.

So lange also durch vorige klare Urthelssprüche oder sonst nicht erwiesen ist, daß an einem Orte diese Gewohnheit nicht mehr gelte, muß darauf gesprochen werden, daß ein Haussohn blos durch seine Verheirathung von der väterlichen Gewalt befreiet werde.

§. 5.

§. 5.

Es läßt sich leicht erklären, warum so viele Rechtslehrer das Gegentheil behaupten. Denn **Stryck** und **Lauterbach** bezeugen l. c., daß in Sachsen der Haussohn **nur** durch einen eigenen abgesonderten Haushalt von der väterlichen Gewalt befreiet werde; und da mögten uns denn die sächsischen Rechtslehrer gern ihr besonderes Recht für gemeines Recht aufdringen.

§. 6.

Man mögte zwar glauben, daß der Vater eines Minderjährigen, der durch eine Heirath aus der väterlichen Gewalt gehet, bis zur Volljährigkeit desselben, wenigstens als Obachter oder Vormund (Curator) anzusehen sey, weil Minderjährige, die mit Bewilligung ihres Vormundes sich verheirathen, ohne veniam aetatis erhalten zu haben, unter der Vormundschaft bleiben; allein die Gewalt des Vaters erstreckt sich, der Natur der Sache, und der Rechts-Aehnlichkeit nach hierinn weiter, als die Gewalt eines Vormundes, indem das Urtheil des Vaters, daß sein Sohn ein Familienhaupt seyn könne, **soviel** würkt, als die Erklärung für volljährig. — Dies vorausgesetzt, ergiebt es sich von selbst, daß ein minderjähriger Haussohn, der durch Verheirathung der väterlichen Gewalt entnommen ist, gültige Verträge schließen kann.

XVIII. Rechtsfrage.

I.) Kann ein Kind im eilften Monate nach geschehenem Beischlafe geboren werden? oder gibt es eine eilfmonatliche Frucht?

II.) Kann der Beweisführer, wenn er mit dem angetretenen Beweise nicht durchgekommen ist, noch zu der Eideszuschiebung gelassen werden?

---

§. 1.

Eine Tochter aus einem nicht gemeinen Hause, die den 6ten May 1787. ein Kind zur Welt brachte, wollte einen angesehenen Mann als Vater ihres Kindes erkannt wissen, der ihr zum letzten Male im August 1786. sollte beigewohnt haben. Dieser läugnete überhaupt nicht, mit ihr zu thun gehabt zu haben, gestand vielmehr, daß er, so wie öfters, zuletzt noch den 12ten Junius 1786. mit ihr den Beischlaf vollzogen habe, nur läugnete er den von ihr angegebenen. Um nun des Beweises von dem im August geschehen seyn sollenden Beischlafe überhoben zu seyn, behauptete die erwähnte Person, daß ihr Kind auch aus

dem eingestandenen Beischlafe im Junius, also nach 328 Tagen erzeugt seyn könne. Durch ein Urthel des Hochfürstlich=Hildesheimischen Consistoriums vom 19ten März 1788. wurde die, den im Folgenden aufzustellenden Gründen gemäß, nicht für hinlänglich zum Beweise der Vaterschaft erkläret, und der Mutter der Beweis des im August angeblich geschehenen Beischlafs auferlegt.

§. 2.

Könnte durch überzeugende physische Gründe, und durch eine lange sichere Erfahrung gezeigt werden, daß die römische Gesetzgebung, die sich doch nur auf das Zeugniß eines der größesten Aerzte gründet, einen unrichtigen Zeitpunkt der Niederkunft angegeben hätte: so würde es einem billigen Richter sicher erlaubt seyn, von dieser Vorschrift abzugehen, da Gesetze den Lauf der Natur nicht ändern können, und es die empörendste Unbilligkeit seyn würde, durch Urthel und Recht einem Kinde die Befugniß zu nehmen, seinen Erzeuger **Vater** nennen zu dürfen, einer etwas spät niedergekommenen Witwe ihre bürgerliche Ehre zu rauben, oder einen Vater von der Verbindlichkeit, sein Kind zu ernähren, zu befreyen. —

Thomasius in delineat. hist. iur. rom.
de Pufend. in iure nat. et gentium L. 8. c. 1. §. 1. seq.
Montesquieu esprit des loix, Tom. 4. L. 26. c. 3.

Eben so gewiß ist es aber auf der andern Seite, daß die Gründe zu einer solchen Abweichung von dem Buchstaben des Gesetzes unbezweifelbar nicht

auf

auf Hypothesen und auf Autoritäten, oder auf einzelne unsichere Erfahrungen gebauet seyn dürfen, indem es sehr schädlich werden könnte, und ungerecht wäre, wenn man einen Mann zum Vater der Frucht einer fremden Umarmung machen, oder Jemanden eine ihm, den Gesetzen nach gebührende Erbschaft dadurch entziehen wollte. Sind also die Gründe derer, die behaupten, daß **über die, von den Gesetzen bestimmte Zeit hinaus**, keine Geburt erfolgen könne, stärker, als die Gründe der Gegner, oder diesen nur gleich: so muß der Richter nach den Gesetzen sprechen; denn nur in sehr wenigen, und äußerst zu beschränkenden Fällen ist es dem Richter erlaubt, von dem Wege abzuweichen, welchen ihm die Gesetze vorschreiben.

§. 3.

Von jeher ist die Frage über die Zeit, in welcher der Mensch gebohren werden kann, unter den Naturkündigern sehr streitig gewesen. Daß die **gewöhnliche Zeit** der Schwangerschaft 40 Wochen sey, räumen die meisten ein, und die Erfahrung stimmt damit vollkommen überein; desto streitiger ist die Frage, ob, und auf wie lange die Geburt durch besondere Umstände verzögert werden könne? Daß würklich eine solche Verzögerung Statt finden könne, ist wohl nicht zu leugnen, und besonders kann dazu eine eigene Beschaffenheit der Mutter, z. B. eine zu schlaffe Gebärmutter, oder, ein zu wenig reizbares Nervensystem beitragen; allein der richtigern Meinung nach, kann eine solche Verzögerung nur einige

Tage

Tage dauren, und das Kind muß dann zur Welt kommen, oder die Mutter und das Kind sterben.

v. Haller, Vorlesungen über die gerichtliche Arzneiwissenschaft. Bern 1782. 1ster Band S. 119.

Ploucquet, über die physischen Erfordernisse zur Erbfähigkeit. §. 42.

Freilich sind auch viele Naturkündiger der Meinung, daß noch andre Umstände die Geburt weiter verspäten könnten; allein a) diese Gründe sind wenigstens nicht stärker, als die der andern Partei, und man muß sich also gerade an die Gesetze halten, b) wären solche besondere Umstände, von dem, der sie angiebt, zu erweisen. Bei dem Falle aber, der zur Untersuchung unsrer Frage Gelegenheit gab, erwähnte die Mutter solcher Umstände gar nicht.

§. 4.

In den römischen Gesetzen, welche also hier die einzige Entscheidungsquelle seyn können und müssen, haben wir besonders 2 Stellen, die den äussersten Termin der Niederkunft auf den 10ten Monat ansetzen:

1) L. 11. ff. de suis et legitimis. Post decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam hereditatem.

2) L. 29. ff. de lib. et part. Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis, post mortem meam in decem mensibus proximis,

mis, quibus filius meus moriretur, natus, nata erit, heredes sunto.

Menochius in arbitrio iud. L. 2. Qu. 89. n. 49. 50.
Mynsinger cent. 6. Obs. 40.
Sande dec. Fries. L. 4. Tit. 8. Def. 10.
Huber ad ff L. 1. T. 5. §. 4.
I. C. Hartung diss. de partu legit. septi et undecimestri C. 3. th. 6.
L. Wildvogel diss. de partu legit. §. 15.
P. L. Behrmann in diss. de termino nascendi nat. un. filiationis et paternit. fundamento §. 14.

Es ist also eine Geburt nur dann für rechtmäßig zu halten, wenn sie nicht später, als 300 Tage nach dem Beischlafe gebohren ist.

Einige meinen, daß diese Gesetze durch ein neueres abgeschafft wären, nemlich durch die

> Nov. 39. c. 2. wo es heißt: nondum enim completo anno, undecimo mense perfecto peperit, ut non esset possibile dicere, qnia de defuncto fuisset partus, neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est.

Um diesem Einwurfe zu begegnen, muß die Stelle in ihrem ganzen Zusammenhange gelesen werden, und dann findet man deutlich, daß sie unsre Frage gar nicht berühret. Justinian hatte nemlich durch die L. ult. C. §. 3. communia de leg. et fideic. verordnet:

> quum res quis restituere iussus esset, eam rem alienare oppignorare nullo modo

modo posse, et restitui plenam atque integram debere.

Von dieser Regel nimmt er in Nov. cit. den Dotem und die Donationem propter nuptias aus, wobei er zugleich den Betrug straft, wenn die einmal bestimmte dos oder donatio, zu Verminderung der restituendorum, etwa vergrößert würde. Hierbei erzählt er gelegentlich einen Fall, daß eine im eilften Monate nach dem Tode ihres Mannes niedergekommene Frau gestanden habe, daß das Kind nicht von ihrem verstorbenen Manne sey, und diese deshalben mit dem Verluste der antenuptialis donationis, **von ihm** bestraft worden wäre. Es ist also ganz klar, daß Justinian keinen **neuen** *terminum posthumorum agnoscendorum* hat ansetzen wollen. Blos das kann man aus der angezogenen Novelle folgern, daß der Fall einer **solchen** Bestrafung, wie Justinian beabsichtigte den **unbezweifeltsten** Geburtstermin voraussetze, so wie er in der Geschichtserzählung, welche der Gesetzgeber anführt, deutlich vorlag.

Auch die größesten Rechtslehrer und die gründlichsten Gesetzerklärer stimmen dieser Meinung bei:

Sande decis. Ostfries. Lib. 7. Tit. 8. def. 10.
Huber in praelect. ad Digestae Lib. 1. Tit. 5. §. 4.
Boehmer introd. in ius Dig. Lib. 1. T. 5. §. 5.
P. L. Behrmann in diss. de termino nascendi etc. §. 14.

Eben dies behauptet auch der neueste vortrefliche Erklärer der Novellen,

C. F. Zepernick, in delectu scriptorum Novellas Iustiniani Imp. earumque historiam illustrantium, Halae 1783. Const. XXIX. pag. 57.

wo er sagt:

Corollarii vice adiectum est de muliere, quae sub finem anni lugubris parit, quum certum sit, foetum illum ex defuncto marito ceptum non esse. Qualem mulierem iisdem poenis subdit, quibusquae antequam elugiat nubit, subditur eandemque etiam adulterii etiam accusari permittit de quo in Nov. 22. si nuptiae etc.

§. 5.

Viele wollen bei unsrer Frage beinahe alles auf die Willkühr des Richters ankommen lassen;

Berger oecon. iuris Lib. 1. T. 2. th. 3. n. 5.
Leyser sp. 15. m. 1.
Ejusdem diss. de posthumo anniculo.
Wernher Tom. III. parte 3. obs. 36.

Allein will man auch dessen Willkühr etwas überlassen, so darf dies doch nur geschehen, wenn die Ursachen einer solchen Verzögerung der Geburt angegeben und erwiesen worden. Aber auch dann darf die Geburt nur wenige Tage nach dem gesetzlichen Zeitraume kommen, besonders da schon das römische Recht bei der Bestimmung desselben auf besondre Umstände Rücksicht genommen hat.

Nie

Nie aber kann die Willkühr des Richters sich so weit ausdehnen, ein 328 Tage nach dem Beischlafe zur Welt gekommenes Kind für gesetzmäßig zu erklären.

Die Grenzen der Willkühr des Richters bestimmt am besten Carpzov

in Iurisprudentia ſacra Conſiſt. L. 2. T. 13. D. 225. nro. 15. 16.

wo er ſagt:

Modo haud dies 300 numerus multum exceſſerit, partum in dubio prolegitimo habendum, vulgo ſtatuitur, ſi ſcilicet 301 vel 302 die fuerit natus, vel, quod idem eſt, ſub initium undecimi menſis, nam partum undecimeſtrem et Phyſici et Medici ac ICti plerique habent pro legitimo infante, ſi in principio undecimi menſis naſcatur vel undecimum menſem attingat. Quod ſi vero ſub fine undecimi vel ſub initio duodecimi menſis partus naſcatus, quin illegitimus ſit vix ambigendum.

Add. *Andr. Rauchb.* Parte 2. Qu. 24. nro. 2. ſeq.

II.

Kann der Beweisführer, wenn er mit dem angetretenen Beweiſe nicht durchgekommen iſt, noch zu der Eideszuſchiebung gelaſſen werden?

§. 1.

Die Veranlaſſung zur Unterſuchung dieſer Frage gab derſelbe Fall, der ſchon oben §. 1.

erzählt ist. Dem in demselben § angeführten Urthel gemäß, suchte die Klägerinn den ihr aufgelegten Beweis durch Zeugen zu führen. Durch ein darauf am 22sten Januar 1790. eröfnetes Urthel wurde dieser Beweis für unzulänglich erklärt, Beklagter aber von der gegen ihn angestellten Klage entbunden. Den 17ten Merz desselben Jahres wurde dieses Urthel für rechtskräftig erkannt, weil die eingewandte Leuterung nicht gerechtfertigt wurde. Den 17ten November 1790. bat die Klägerinn um restitutionem in integrum, und Gestattung der Eideszuschiebung; und zwar ersteres (welches ihr auch ohne Bedenken gestattet wurde) ex capite ignorantiae (weil ihr Anwald ihr das letzte Urthel nicht zugeschickt hatte) et ex capite minorennitatis.

Die Eideszuschiebung wurde ihr aus den gleich vorzulegenden Gründen gestattet.

§. 2.

Wir haben bei der Zulässigkeit der Eideszuschiebung in diesem Falle, sowohl auf das gemeine, als auf das besondere Recht zu sehen.

Die, welche nach dem **gemeinen Rechte** die Eideszuschiebung in diesem Falle nicht zulassen wollen, berufen sich besonders auf zwei allgemeine Rechtsregeln des römischen Rechts:

1) quod electio unius praecludat viam ad alia, et, quamquis semel elegit viam, eam tenere debeat, nec in alterius incommodum consilium mutare possit;

in

in L. f. c. de iure Cod.

2) quod actore non probante reus ſit abſolvendus, etſi ipſe nihil praeſtiterit.

L. 4. C. de edendo.

c. ult. Decr. de iureiur.

Aus dieſen Gründen ſagt **Stryk**

in introductione ad praxin forenſem cap. 22. §. 1.

quod Actor in probatione deficiens, non amplius poſſit deferre iuramentum;

und *Mevius* P. 4. Dec. 132. nro. 6.

quod poſt iniunctam ſemel a iudice probationem regulariter non permittatur recurſus ad iuramenti delationem.

Allein dieſe **allgemeinen** Regeln können um ſo weniger dem Beweisführer die traurige Vergönnung der Eideszuſchiebung nehmen, da ſie ſo ſehr unbeſtimmt ſind, und es in

L. 38. ff. de iureiurando ganz indeterminate heißt: quod manifeſtae turpitudinis ſit, nec iurare, nec iuramentum referre velle.

auch in L. 21. C. de hereticis die Regel feſtgeſetzt iſt: quod probationes, veritatis explorandae gratia, non ſint coanguſtandae, ſed potius ampliandae. Auch das Anſehen der bewährteſten Rechtslehrer hat dieſe Meinung für ſich:

Brunnemann ad L. II. C. de rebus creditis n. 21.

Idem ad L. 38. ff. de iurei. nro 7.

Zoeſius ad ff. Lib. 12. Tit. 2. Nro. 35. et 36.

Fachinaeus in controverſiis Lib. 1. cap. 19. u. 20.

Puſend. T. 1. obſ. 154.

v.

v. Cramer in d. Wezl. Nebenst. Th. 97. pag. 69.

Schweder in consil. Tubingens. Tom. 6. cons. 14. n. 33. Dieser sagt sehr bestimmt; quod iure publico cuilibet actori, etiam si nihil probaverit, liceat reo deferre iuramentum iudiciale, qui id aut subire aut referre cogatur.

Auch das **besondere Recht** des Hochstifts Hildesheim stimmt hiermit überein, indem es in der Hofgerichtsordnung Tit. 23. §. 1. heißt:

> Daß es jedem Theile freistehen solle, dem Gegentheile das iuramentum iudiciale, **obgleich der** *deferens* **keine Präsumtion, oder Beweis für sich hätte,** zu deferiren.

XIX.

XIX. Rechtsfrage.

Haben Mündel stillschweigend ein Unterpfand an den Gütern ihrer Gerhaben und falschen Vormünder (protutorum et pseudotutorum)?

Daß Mündeln an den Gütern ihrer *) Gerhaben schlechtweg eine Hypothek zustehe, ist in keinem Gesetze vorgeschrieben. Ich halte es auch nicht dafür, ob es gleich von Voet, Antonius Faber, Carpzov und andern behauptet wird.

Voetius ad ff. L. 20. tit. 2. n. 12.

Lauterbach in Coll. Theoret. Pract. L. 20. tit. 2. n. 47.

Findet indessen eine solche Hypothek in bonis protutoris statt, so muß sie in bonis falsitutoris ebenfalls platznehmend seyn, weil der bei lezterem vorhandene dolus die iura pupilli nicht vermindern kann. Der hypothecae tacitae, welche Mündeln an den Gütern ihrer Vormünder zustehet, klebt kein privilegium praelationis an, obgleich Viele dieses dafür halten.

Pufendorf T. 1. obs. 202.

Wenn

*) Das deutsche Wort Gerhab bedeutet einen Vormund, der nicht sowohl die Erziehung des Mündels besorgt (das ist die Pflicht des Vormundes) sondern der die Habe desselben unter seinem Gewahrsam hat, und dafür Gewahr leisten muß. Denn Ger ist aus Gewahr zusammengezogen.

Wenn also ein Gerhab vor Uebernahme der Verwaltung der Güter des Mündels eine Privat-Verschreibung bestellet hat, so ist es ausser Zweifel, daß diese der hypothecae tacitae des Mündels vorgehe.

Pufendorf, T. I. obs. 211. §. 2.

Ob aber eine von dem Gerhab (protutor) nach Uebernahme der Verwaltung bestellte öffentliche Verschreibung dem ältern stillschweigenden Unterpfande des Mündels vorgehe, ist sehr zweifelhaft. Es wird aber bejahet von Pufendorf, T. I. obs. 211. §. 4 und von Cramer in Nebenstunden im 66sten Theile in der zehnten Abhandlung; und hingegen von Leyser geleugnet. Sp. 226. med. I.

XX.

XX. Rechtsfrage.

Wie muß ein vorgeblicher Kauf- und Verkaufcontract erwiesen werden? und wenn ist das Geständniß des Beklagten wirklich für ein hinlängliches Eingeständniß (pro confessione qualificata) zu halten? Was ist davon die Folge bei der Beweisauflage?

---

§. 1.

Die Witwe Schaumburg war dem hiesigen Kreuz-Capitul 500 Rthl. nebst vielen Zinsen schuldig, und wurde deswegen von letzterm verklagt. In dieser Verlegenheit bemüht sie sich 12 Morgen 36 Ruthen ihr behöriger, vor der Stadt Bockenem belegener, Länderei zu verkaufen. Der Königthurmswirth Weidemann findet sich als Käufer ein. Immittelst erkennet der Rath zu Bokenem, daß die Witwe Schaumburg das Capitul binnen 4 Wochen klaglos stellen solle.

Sie stellt dagegen per modum sub- et obreptionis, auch mit Anhängung einer Belangung des Königsthurmswirth Weidemann, vor, wie

wie sie, zu Abtragung des Capitals an das Kreuz-Capitul, mit Jenem über 12 Morgen 36 Ruthen Erbländerei einen Kaufcontract geschlossen habe, nach welchem derselbe mit dem festgesetzten Kaufpreise von 570 Rthlr. dem klagenden Capitul hätte ihre Schuld abtragen sollen. Zum Beweise, daß der Kauf würklich geschlossen sey, führt sie an, daß Weidemann bei Abschließung des Kaufs 5 Rthlr. 9 mgr. auf den Kauf baar ausgezahlt habe, und legt den verfertigten Kaufbrief bei. Sie bittet daher: den Belangten zu Erfüllung des Vertrages anzuhalten, und sie von den ferneren Ansprüchen des Capitels zu entbinden.

§. 2.

Der Belangte erwiedert in seiner Antwortsschrift: ein wirklicher Kauf sey nicht geschlossen worden; er habe zwar von der Belangerin Land kaufen wollen, aber dabei habe er immer folgende Bedingungen vorausgesetzt:

1) Daß das Kreuz-Capitel ein Capital von 400 Rthlr., welches er bei der Kämmerei zu Bokenem stehen habe, zur Bezahlung und 2) den Rest der 164 Rthlr. allein baar annehmen, oder zu 4 p. C. Zinse bei ihm stehen lassen wolle; er habe nun zwar 3) bei dieser Gelegenheit der Belangerin 5 Rthlr. 9 gr. ausgezahlt, doch mit der Erklärung, daß dieses Geld, wenn der Kauf nicht zu Stande käme, und solches also an der Kaufsumme nicht abgezogen werden könne, von seinem schuldigen Wiesenzins abgerechnet werden solle; 4) da nun diese Voraussetzungen von den

Beklagten nicht bewirkt wären, so habe der Kauf nicht zu Stande kommen können, sondern sie habe die Länderei nach wie vor behalten, sie benutzt, und den Zins dafür aufgenommen; 5) es sey das dem Gerichte vorgelegte Formular des Kaufbriefes auch weder mit der erforderlichen Namensunterschrift von Käufer und Verkäuferin, als mit der gerichtlichen Bestätigung versehen.

In der Erwiederungsschrift behauptet die Schaumburgen, daß der Kauf würklich zu Stande gekommen sey, und beweiset das durch zwei Zeugnisse, deren eines von dem Bokenemschen Bürgermeister Hofmann ist, und das andere von dem Schatzeinnehmer Zeppenfeldt, in welchen Beide bezeugen, daß der besagte Kaufvertrag in ihrem Beiseyn gemacht sey. Dagegen läugnet der Belangte in der zweiten Antwortsschrift wiederholt ab, daß der Kauf zu Stande gekommen sey, indem er ausdrücklich zuvor habe ausgemacht wissen wollen, ob der Magistrat zu Bokenem wegen des anzuweisenden Capitals der 400 Rthlr. das Kreuz-Capitul als Gläubiger annehmen wolle; und ausdrücklich obenein verlangt habe, daß über die Schaumburgschen Kinder erst Vormünder gesetzt und deren Einwilligung erlangt würde, weil die zum Kaufe angebotene Länderei von dem Vater der Kinder der Verkäuferin herrühre. Die beigebrachten Zeugnisse der Klägerin, wegen vollzogenen Kaufes, bewiesen, als unbeschworen, nichts, obgleich ein Bürgermeister Mitzeuge sey. Endlich sey von der Belangerin bei dem vorseyenden Verkaufe mit arger List verfahren, da sie alles Land für erb-

und

und eigenthümliches angegeben habe, wovon doch, wie sich nun zeige, ein Theil bloß pfandschillingsweise von ihr besessen werde.

Der Rath zu Bokenem erkannte darauf:

daß dem klagenden Capitul zur Bezahlung seines Capitals, nebst Zinsen und Kosten durch Verkaufung des ihm zu Pfande Verschriebenen zu verhelfen; soviel aber die Belangerin betreffe, der Verkauf der Länderei für hinlänglich bescheinigt zu halten sey, mithin der Belangte die dem Contract vorgeblich beigefügt seyn sollenden Bedingungen, binnen 4 Wochen zu erweisen, in Entstehung dessen aber für den durch Verkaufung der dem Capitulo verschriebenen Grundstücke der Belangerin entstehenden Schaden zu haften, verbunden sey.

§. 3.

Weidemann nahm dagegen eine Rechtsverwendung an das Hofgericht zur Hand, und erhielt ein abänderndes Urthel.

Es schien zwar, als ob der zwischen der Appellatin und dem Appellanten bezweckte Kauf- und Verkaufsvertrag die rechtliche Richtigkeit bekommen habe, da

a) aus dem von der Ersten zu den Acten gebrachten Kaufentwurfe der Wille der in Handel stehenden deutlich erhellete, und sowohl die Sa-

che als der Preis bestimmt angegeben war, indem Appellant von der Appellatin 12 Morgen 36 Ruthen Erbländerei für 570 Rthlr. kaufte, bereits auf Abschlag 5 Rthlr. 9 gr. zahlte, und den Rest der Kaufsumme zu 564 Rthlr. 27 gr. an das Capitel St. Crucis, dem Appellatin diese Summe schuldig und darauf gerichtlich belangt war, binnen 4 Wochen zu bezahlen, sich verpflichtet haben sollte;

b) dieser Verkauf der Länderei auch hinlänglich erwiesen zu seyn anließ, da die Verkäuferin ein Zeugniß von dem Burgermeister Hofmann zu Bokenem und dem Schatzeinnehmer Zeppenfeldt brachte, in welchem beide Männer bezeugen; daß der besagte Contract unter den zwistigen Theilen wirklich also, wie er niedergeschrieben, verabredet und geschlossen sey, und solchen Zeugnisse, vorzüglich des erstern, als obrigkeitlicher Person, hinlänglicher Glaube beizumessen,

c) auch das Geständniß des Belangten aus seinen Beantwortungen genug zu nehmen sey, mithin, bei dem Eingeständnisse des geschlossenen Kaufs, ihm die vorgeblich selbigem beigefügt gewesenen Bedingungen zu erweisen obliege, oder: in dessen Entstehung, er den Vertrag zu erfüllen und der Belangerin allen durch die Veräußerung der dem Kreuz-Capitel verschriebenen Grundstücke erlittenen Schaden zu ersetzen wäre.

§. 5.

Allein der von der Witwe Schaumburg beigebrachte Kaufentwurf war hier blos als ein einseiti-

seitiger, von ihr zu ihrer eigenen Ueberlegung etwa aufgesetzter Vorschlag anzusehen. Daraus erhellte nicht deutlich der ernstliche Entschluß der in Handel stehenden, indem der Aufsatz nicht einmal von den im Handel stehenden unterschrieben und untersiegelt war, wie doch in dem Aufsatze gemeldet wurde: „daß solches in Gegenwart der dazu zu erbittenden Zeugen geschehen solle." Es war also viel bündiger zu schließen, daß die Partheien zwar über gesagten Handel in Unterhandlung gestanden, derselbe aber zu der behaupteten Wirklichkeit nicht gekommen sey, also der aus einem bekannten Gesetze

L. 1. §. 2. ff. de pact.

hergenommene Rechtssatz Statt finde:

quod tractatus de contrahendo merito ab ipsis pactis et contractibus sint separandi, nec ex nudis tractatibus, ad conclusionem non deductis obligationem nasci, quum, quamdiu negotium adhuc tractatur, deficiat consensus duorum in idem placitum, quam ob rem tractatus circa contractum obligationem haud inducit, donec res sit absoluta, vel pro absoluta habita,

Alex. Tart. Lib. 1. Cons. 28. nr. 3.

quare emtio ex tractatu non probatur

Mascard. de prob. Conc. 617.

ac tractatus de vendendo non sit venditio.

Mant.

Mant. de iact. conuent. Lib. 4. Tit. 3. §. 10.

Das Zeugniß des Burgermeisters Hofmann und Schatzeinnehmers Zeppenfeldt, erwies eben wenig die Vollziehung des Contracts auf rechtsbeständige Art. Denn beide waren unbeschworen; unbeschworne Zeugnisse aber machen keinen gerichtlichen Beweis aus, weil auch den unbeschwornen Zeugnissen der Magistratspersonen, bei solchen außergerichtlichen Handlungen, nach bekannten Stellen der Gesetze kein vorzüglicher Glaube beigelegt wird.

§. 5.

Wenn von dem Eingeständnisse der Sache die Rede ist, so erfordern die Gesetze ein schlichtes und gerades (Confessionem directam et simplicem) und verwerfen schlechterdings eine solche, im gegenwärtigen Falle vorwaltende, die nur aus der Verantwortung hergeleitet wird, oder confessionem ex oppositis exceptionibus per consequentiam deductam, quia nemo excipiendo fateri praesumitur,

L. 9. ff. de Except.

Hellfeld, in iurispr. for. Lib. 42. Tit. 2. §. 1799.

conf. *W. A. Schöpff*, in Diss. de confess. qualificata.

Nun hatte der Belangte nirgends in den Acten eingestanden, den gemeldeten Kauf wirklich geschlossen zu haben, sondern immer behauptet, die angeführten Bedingungen, welche von Seite der

Be-

Belangerin unwidersprochen nicht in Erfüllung gesetzt worden, zu unerläßlichen Bedingungen bei dem Handelsgeschäfte gemacht zu haben. Also war der Beweis der Klägerin, oder hier der Belangerin aufzulegen.

L. 2. ff. L. 13. C. de P. et P.

Hahn ad *Wesenbec.* L. 22. Tit. 3. n. 6.

Sehr hart würde es seyn, diese confessionem qualificatam, quippe quae dividi nequit, wie unbezweifelte Gesetze,

L. 27. ff. fam. ercisc.

L. 23. ff. de usurp. et usuc.

L. 1. ff. de Leg. 2.

und die besten Rechtslehrer vorschreiben und behaupten,

G. L. Böhmer. in Princ. iur. can. §. 782.

Lauterbach, in coll. theor. pract. Lib. 42. n. 28.

Mevius, P. 8. Dec 367. n. 6.

Voetius, in Comm. ad ff. Lib. 42. Tit. 2. nr. 5.

Knorre, im Processe B. 1. Hauptst. 10. §. 9. 10.

für ein reines Geständniß anzunehmen, und dem Belangten lediglich den Beweis der hinzugefügten Bedingungen offen zu lassen; denn damit gehört zu werden kann ihm auch, nach vollkommen erwiesenen Contracte, nicht abgeschlagen werden.

Eine

Eine confessio qualificata ist unzertrennlich, ein caput connexum, quod in totum vel repudiandum, vel acceptandum est. Nach gesunder Vernunft muß beides, die Beschaffenheit und das Bekenntniß von dem Kläger entweder angenommen oder verworfen werden.

§. 6.

Der höchst unwichtige Nebenumstand, daß der Kaufliebhaber auf den Kauf schon 5 Rthlr. 9 gr. zum voraus bezahlt hatte, konnte hier auch nicht zum Beweise der wirklichen Vollziehung desselben gelten, denn dies war auf den Fall, daß der Kauf zu Stande käme, geschehen, und jener konnte sich um so leichter zu dieser Vorausbezahlung entschließen, da er wegen gepachteter Wiesen ein Schuldner der Verkäuferin war, und, bei Vereitelung des vorseyenden Verkaufs, das Geld zu Abtragung dieser Pacht anweisen konnte.

Das Hofgericht erkannte daher:

daß vom Richter ersterer Instanz übel gesprochen, wohl appelliret, mithin das am 25ten Mart. a. c. N. 12. Act. 1mae Inst. befindliche Urthel dahin zu reformiren und aufzuheben, daß Appellatin den noch abgehenden Beweis des zwischen ihr und Appellanten über 12 Morgen 36 Ruthen Erbländerei vorgeblich geschlossenen Kauf- und Verkaufs-Contract, binnen vier Wochen, als einer ihr dazu präfigirten präjudicirlichen Frist, Appellanten die Probation der angegebenen

Contracts-Bedingungen demnächst vorbehältlich, rechtsgebührend zu führen verbunden, in dessen Entstehung aber Appellanten sowohl alle aus dem, ad instantiam eius, auf dessen, bei der Bokenemschen Kämmerey stehenden Gelder, impetrirten Arreste (als zu dessen Aufhebung sofort das gebetene Mandatum arresti relaxatorium abzulassen ist) ihm causirten Schaden, als auch die in dieser und voriger Instanz aufgelaufene Proceßkosten, nach vorgängiger deren Angabe und richterlicher Ermäßigung, zu ersetzen schuldig sey.

XXI. Rechtsfrage.

Kann der Minderjährige, für dessen Ablage ein Gut haftet, wenn dies verkauft und die Ablagssumme anderswo sicher angewiesen wird, er aber nach der Zeit dadurch eine Verkürzung leiden könnte, sich an dem Gute erholen? oder darf er sich nur an die Vormünder, die ehedem für ihn den Verkauf machten, halten? Hierbei kommt auch in Betracht, wie ein Gut von einer Hypothek durch Neuerung und Unterweisung (per novationem cum delegatione) kann befreiet werden.

---

§. 1.

Friederich David von Storre erheirathet mit seiner ersten Frau, Johanne Auguste Hetlingen, einen Meierhof in Adenstedt, der den Gegenstand dieses Rechtsstreits ausmacht, und erzeugt mit derselben eine Tochter, Namens Wilhelmine. Nach dem Ableben der Hetlingen, schreitet gedachter von Storre mit Louise Justine Müllern,

verwitwete Kaisern, zur zweiten Ehe. Bei dieser Gelegenheit wurde eine Theilung der Güter der verstorbenen ersten Frau und des Fr. Dav. von Storre, nach dem Entwurfe des nachherigen Appellaten, des Amtmanns Schumann, als der minorennen Storrischen Tochter Mutter Schwester Mann, mit Zuziehung des bestellten Vormundes, des Obersten Franz Ludewig von Storre, von Hochfürstl. Amt Winzenburg, auf ein von Hochfürstl. Regierung an solches zu dieser Handlung ergangenes Schreiben, vorgenommen.

§. 2.

In Gefolge der hierüber errichteten Absonderungs-Urkunde verschreibt Fr. Dav. v. Storre seiner zweiten Frau den mit Zubehör und Vieh zu 4000 Rthlr. angeschlagenen Hof zu Adenstedt, wogegen der aus erster Ehe erzeugten minderjährigen Tochter, an Ablage-Geldern, 4000 Rthlr. ausgesetzt werden, zu deren Sicherheit beide Eltern ihre Habe und Güter zum allgemeinen und besondern Unterpfande verschreiben, Appellat Schumann aber, welcher sich stets als Gerhab genommen, sich ausdrücklich anheischig macht, daß, falls die minderjährige Storrische Tochter sich, über kurz oder lang verletzt befinden würde, selbige nach seinem und seiner Frau Absterben, zum Ersatze 2000 Rthlr. bekommen solle.

§. 3.

Im Jahre 1760. verkauft darauf Fr. Dav. von Storre den Adenstedtschen Hof mit allem

Acker-

Ackergeräthe und Vieh, für die Summe von 6000 Rthlr. an weil. Hofrath Schrader, dessen einzige hinterlassene Tochter der Oberst-Lieutenant von Linsingen, der nachherige sehr verdienstvolle General-Lieutenant und Chef des 12ten Chur-Hannöv. Inf. Regiments zu Lüneburg zur Ehe hat.

§. 4.

Dieser Kauf-Vertrag ist mit Einstimmung des Vormundes, des Obersten von Storre, und des Gerhaben, Amtmanns Schumann, geschlossen, von Amts- und Obervormundschaftswegen bestätigt, und das Decretum de alienando vom 1ten August 1760. drückt die zuvor angestellte caussae cognitionem sowohl, als auch die bei dieser Veräusserung vorwaltenden Ursachen, wörtlich also aus:

"daß, weil sich die auf dem Hofe stehenden „kostbaren Gebäude von den dazu gehörigen „onereusen Ländereien weder erhalten liessen, „vielweniger mittelst Elocation des Hofes „Nutzung bringen könnten, hingegen bey „gegenwärtigen Kriegesläuften vieler Gefahr unterworfen wären, solchemnach so- „thanen Hofes Alienation so **nützlich** als „**nothwendig** zu erachten, so wäre der nach- „gesuchte Consensus alienationis von Amts- „wegen erkannt, jedoch mit dem Bedinge, „daß zur Sicherheit der von Storrischen un- „mündigen Tochter die bey Stift-Hildeshei- „mischer Landrenterey belegte 6000 Rthlr. „Kaufgelder, bis auf weitere Amts-Be- „willigung belegt bleiben sollten;"

und

und in dem Kauf-Contract erklären die Verkäufer:

"daß sie den Hof dem Käufer **unverpfändet gewähren,** und wegen der, der minderjährigen Tochter Wilhelmine verschriebenen 4000 Rthlr. und der desfalls auf dem Hofe bisher gehafteten Hypothek, **um solchen von diesem** *onere* **zu befreien,** mit dem, insonderheit zur Hypothek gesetzten 6000 Rthlr. Kaufgeldern genugsame Caution stellen wollten.

§. 5.

Weil aber das Hochfürstl. Amt Winzenburg der Hochfürstl. Landrenterei keine Nachricht gegeben, daß die bei ihr belegten 6000 Rthlr. Kaufgelder zur Sicherheit der minderjährigen von Storrischen Tochter stehen bleiben sollten; und der Vormund, Oberste von Storre eben so wenig, als der sich stets und besonders bey diesem Geschäfte als Gerhab (Protutor) zeigende Amtmann Schumann, sich um diese 6000 Rthlr. im mindesten bekümmert und dafür gesorgt haben, daß sie für die Mündelin gesichert blieben: so ist es leider geschehen, daß der letztern Vater dieses Hauptgeld demnächst aufgenommen und herdurch gebracht hat. Da nun die hinterlassene Storrische Witwe ebenmäßig völlig heruntergekommen war, stellte der Amtmann Schumann als Vermögensbesorger praeuia restitutione I. I. contra factam separationem bonorum, actionem hypothecariam wider weyl. Hofrath Schrader bey Hochfürstl. Hildesheimischer Regierung an.

Da

Da wurde am 12ten Dec. 1772. der Hauptsache wegen erkannt:

daß Bekl., Einwendens ungeachtet, den der Curandin zur Hypothek gesetzten Hof zu Adenstedt an Klägern, bis selbiger wegen der seiner Curandin daran zuständigen 4000 Rthlr., oder, falls Kläger die bei dem von Stopler noch stehende 2000 Rthlr. würklich erhalten haben wird, derselben noch abgehenden 2000 Rthlr. halber befriedigt seyn wird, sofort abzutreten, demselben auch alle durch diesen Proceß verursachte Kosten zu erstatten schuldig sey.

§. 6.

In dieser darauf an das Hochpreißl. Kaiserl. und Reichs-Kammer-Gericht gediehenen Sache sind zwar bisjetzt *) die unterthänigst gebetenen Appellations-Processe abgeschlagen worden; bei den jetzigen Entwickelungen macht man sich jedoch die gegründete Hoffnung, daß nunmehro die Erkennung derselben keinem Anstande ausgesetzt seyn werde, da man sich unterthänigst schmeichelt, daß die kurze Beantwortung nachfolgender zwei Fragen, als auf welche es allein ankommt, gnädigsten Beifall finden werde.

§. 7.

Zum voraus verdient noch, was die Art der angestellten Klage betrifft, angeführt zu werden, daß

*) Dieser Aufsatz wurde 1777. zu Wetzlar ad aedes vertheilt; Appellat erhielt Nachricht, daß Processe würden erkannt werden; bot daher einen Vergleich an, und ließ sich mit Wenigem abfinden.

daß angenommen werden müsse, daß der Adenstedtsche Hof entweder ein mütterliches Gut in Ansehung der Mündelin geblieben, und also das vorgegangene Absonderungs-Geschäft, wie auch die mit der zweiten Frau errichtete Ehestiftung als null und nichtig anzusehen, oder daß diese Handlung für gültig anzuerkennen sey. In dem ersten Falle stand dem Gerhaben Schumann, welcher gegen das Absonderungs-Geschäft restitutionem in integrum eingelegt, auf keine Weise die angestellte actio hypothecaria zu. Denn soll, nach dem Effect des ersteren remedii, der Hof ein bonum maternum bleiben, so läßt sich kein ius hypothecae auf demselben, vtpote in re propria constitutum, gedenken, quum neque pignus, neque depositum, neque praecarium, neque emtio, neque locatio *rei suae* consistere possit.

L. 45. ff. de div. reg. iur.

Die dem Gerhaben, nach vernichtetem actu separationis bonorum, allein anzustellen übrige rei vindicatio würde jedoch des Schumanns Absicht eben so wenig begünstigt haben, da es bekanntlich einem Vater frei steht, unbewegliche Güter der Kinder zu verkaufen, wenn das vortheilhaft ist,

Horn Class. 16. Resp. 21. N. 2. p. 1767.
Leyser ad ff. Spec. 164. med. 1.
Wernher P. 3. Obs. 35.
Strube P. 2. 103tes Bedenken.
Lyncker Vol. 2. Resp. 6. N. 1. 2. 13. 14. et Resp. 59. N. 13. 14. 15.

Stryk

Stryk ad ff. L. 15. Tit. 1. §. 14.

um so mehr, wenn, wie hier, die Einwilligung des Vormundes und ein obrigkeitliches Decretum de alienando hinzukommt,

Mevius Conf. 76. N. 18. 19 20. 21.

welches in vorliegendem Falle deutlich ausdrückt, daß die Veräusserung dieses Hofes nicht nur **nützlich**, sondern auch **nothwendig** erachtet worden, und zwar letzteres, weil der Hof zu damaliger Krieges=Zeit, da die Besitzer liegender Güter unwiderbringlichen Schaden und Nachtheil zu befürchten hatten, verkauft wurde, ersteres aber, weil ein bei einer Landschaft belegtes Capital von 6000 Rthlr. für das Wohl der Mündelin vortheilhafter und an sich sicherer war, als ein lastbarer mit sehr weitläuftigen Gebäuden versehener Hof.

Ohne sich hiebei weitläuftiger aufzuhalten, will man sich nun zu Beurtheilung der, der itzigen Lage der Sache nach, vorkommenden zwei Hauptfragen wenden.

§. 8.

Es frägt sich nemlich:

1) Ob der Hof zu Adenstedt, auf welchem für die der Mündelin verschriebenen 4000 Rthlr., bei der im Jahre 1756. vorgenommenen Absonderung der Güter, eine Hypothek bestellet war, durch den nachherigen Verkauf an weil. Hofrath Schrader, von diesem onere hypothecae per nouationem befreiet worden? und

2)

2) ob diese Neuerung und Befreiung, weil das Vermögen der Minderjährigen dabei konnte gefährdet werden, gültig geschehen sey?

§. 9.

In Ansehung der ersten Frage ist in facto gewiß:

a) daß bei der Verkaufung des Hofes 1760. zwischen Käufer und Verkäufer ausdrücklich bedungen worden, daß **die damaligen sechs tausend Rthlr.** Kaufgelder der Minderjährigen für die an Ablage zu fodern habende viertausend Thaler, *pro cautione* **haften sollten;**

b) der Kaufbrief drückt sogar die Neuerung wörtlich aus, indem er sagt:

"daß diese Caution, um den Hof von „den der minderjährigen Tochter Wil„helmine verschriebenen 4000 Rthlr. **und „diesem** *onere hypothecae* **zu befreyen,** „gestellt seyn sollte.

c) Eben dieses weiset auch das beigebrachte richterliche Consens-Decret aus, wenn es darin ausdrücklich heißt:

"daß, **zur Sicherheit der von Stor„rischen minderjährigen Tochter,** die „bei der Landrenterey belegten 6000 Rthlr. „Kaufgelder bis auf weitere Amtsbewil„ligung belegt bleiben sollten."

§. 10.

Alles dieses wird hinlänglich überführen, daß mit dem Verkaufe des Hofes zugleich die Liberatio

ratio ab hypotheca per *nouationem* cum *delegatione* geschehen sey, denn die **Novation** stellt sich durch den Verkauf und dessen ausdrückliche Bedingung:

"den Hof von der bisher darauf gehafte„ten Hypothek zu befreyen",

und die **Delegation**, durch die **allerseits** und sogar **obrigkeitlich** beliebte Ueberweisung an die bei der Landrenterei belegten Kaufgelder dar; und was **völlig** überführt, ist

d) der Umstand, daß der Hof bei dem Verkaufe **unverpfändet** gewähret worden,

welches nicht hätte geschehen können, wenn nicht die wahrhafte Meinung gewesen wäre, daß die besagte Hypothek, durch die jetzt bemerkte Ueberweisung, gänzlich aufgehoben seyn sollte. Und, da der Freyherr von Cramer behauptet, daß eine solche Ueberweisung sogar aus Wahrscheinlichkeiten geschlossen werden könne,

in den Wetzlarischen Beyträgen 3. Th. 9. Abh. §. 5.

so wird, bei der hier vorgegangenen **ausdrücklichen Bestimmung** und dem **deutlichen Buchstaben des Contracts**, um soweniger Zweifel eintreten, wie man denn gedachten berühmten Rechtsgelehrten überhaupt, nach seinen Wetzlarischen Beiträgen,

3. Th. 9. Abh.

hieselbst will für sich reden lassen. —

§. 11.

Diese Aufhebung der vorigen Hypothek und diese bey dem Verkaufe vorgegangene Neuerung

und Ueberweisung ist aber auch, zu Erörterung der 2ten Frage, **gültig** geschehen.

Es ist nemlich in facto klar, und sagt es das Amts-Decret selbst:

a) daß der Hof und dessen Gebäude, im Verhältniß der Aufkünfte der Länderei, 1) **nicht zu unterhalten,** sondern 2) **schädlich,** und 3) bei den damaligen Kriegesläuften **vieler Gefahr unterworfen** gewesen.

Es fehlte also nicht an rechtmäßigen Ursachen ein Mündel-Gut zu veräussern. Es hat

b) der Vormund, Oberste Franz Ludwig von Storre und der Mündelin Mutter Schwager, Amtmann Schumann, als nächster Verwandter mütterlicher Seits und Gerhab, nicht nur in den Verkauf des Hofes, und die, in Ansehung der Minderjährigen an dem Hofe bestellten Hypothek, dabei verknüpfte Neuerung, und Ueberweisung **gewilligt,** sondern sie haben auch den Verkauf **solchergestalt selbst in Vorschlag gebracht,** und den Contract **eigenhändig unterzeichnet.**

Es ist also hiebey auch *de adhibitione et consensu Curatoris et Protutoris* gar kein Zweifel. Ueber alles dieses ist aber auch

c) die bei diesem Geschäfte erforderlich gewesene cognitio iudicis competentis, und das Decretum de alienando, et nouando, nicht vergessen worden, sondern *expresse* hinzugekommen. (§. IV. supra.)

§. 12.

Alles ist daher genau beobachtet, was die Gesetze bey Veräußerung eines Mündel-Guts vorschreiben, und in welchen Fällen sie den Käufer bey dem Kaufe geschützt wissen wollen, und **nichts** ist verabsäumet worden, was die Rechte zu einer validia nouatione, qua tolitur pignus, et qua extinguuntur priores obligationes, erheischen.

L. 9. 18. 29. ff. de Nouat. et Deleg.
Mevius P. 8. Dec. 393.

§. 13.

Nur hierin ist gefehlt worden, daß man der Landrenterei von dem, auf die bei ihr belegten 6000 Rthl. Kaufgelder, zur Sicherheit der Minderjährigen, von Obrigkeits- und Obervormundschaftswegen angewiesenen Arrest, und Caution, **keine Nachricht gegeben**, und dadurch hat geschehen lassen, daß der Minderjährigen Vater diese Gelder heimlich aufgenommen, und verbracht hat.

§. 14.

Solches ist aber ein Versehen und Vernachlässigung, welche nicht dem weyl. Hofrath Schrader, sondern **lediglich dem Vormunde,** Obersten von **Storre,** dem **Gerhaben Schumann** und **dem Amte Winzenburg,** als obervormundschaftlichem Gerichte, **beizumessen und zur Last zu legen ist.** Jener hatte von seiner Seite vollkommen vertragsmäßig das Seinige gethan, indem er verschafft hatte, daß die sechstausend Thaler

Thaler Kaufgelder, auf welche das ius hypothecae per nouationem übertragen worden, würklich bei der Landrenterei, wie es die Vormünder und das Amt verlangt hatten, **belegt worden;** nun war es aber Jener **Pflicht,** dafür zu sorgen, daß die auf oftgedachte Kaufsumme decretirte Caution, und deren Nichtverabfolgung, der Landrenterei **gebührend angezeigt wurde.**

§. 15.

Der Gedanke, daß, bei der jetzt würklich an Seiten der Minderjährigen vorhandenen Zukurzkommung, selbiger die Wahl frei stehe, ob sie sich an den Vormündern oder an dem Gute erholen wolle, worauf ihre erste Hypothek gehaftet, würde für Beklagten Theil einen unvermeidlichen traurigen Entscheidungsgrund abgeben, wenn **zur Zeit des Verkaufs ihre Verkürzung würklich vorhanden gewesen wäre.** Allein das Voran geführte, besonders das obrigkeitliche Zeugniß zeigt klar, wie sich zur Zeit der Verkaufung **keine Verkürzung** oder **Beeinträchtigung** denken läßt, und ist der jetzige Nachtheil daher blos **zufällig.** Die Rechte verordnen aber, daß die Minderjährigen keinesweges ex casu superuenienti in integrum restituirt werden sollen, quia ex casu superueniens laesio circa restitutionem minime attendi debeat.

L. 11. §. 4. seq. ff. de minor.
Mevius P. 2. Dec. 150. n. 7.

Gewiß ist es lediglich **ein Zufall,** daß der Mündelin Vater, **lange nachher,** die bei der Landren-

renterei belegten Kaufgelder, die statt der auf dem Hofe gehafteten Hypothek dienten, böslicher Weise aufnahm und verschwendete. Auf keine gesetzliche Art kann daher, wegen diesem nach der Zeit und blos zufällig eingetretenen Nachtheile, die Mündelin ihre Befriedigung aus einem Grundstücke suchen, welches der Käufer auf die gesetzmäßigste Weise gerichtlich, ohne mit einer Verpfändung irgend belastet zu seyn, gekauft hat.

§. 16.

Nach erlegten und von dem Käufer an die hiesige Landrenterei ausgezahlten Kaufgeldern, haben der weil. Oberste von Storre nebst dem Gerhaben Amtmann Schumann nnd dem Amte Winzenburg, den Hof ersterem **als unverpfändet** gewähret (§. X. supra). Haben sie nun auf dieses pro exoneratione et noua hypotheca angenommene depositum der Kaufgelder kein wachsames Auge gehabt, und sind diese **lediglich durch ihre unverantwortliche Nachlässigkeit** verkommen: so kann sich auch die Minderjährige mit der gesuchten Entschädigung gewiß an niemand anders, als die Erben ihres verstorbenen Vormundes, des Obersten v. Storre, dessen jüngsten Sohn sie jetzt selbst zum Manne hat, und den Protutorem Schumann, nebst dem Amte Winzenburg allein halten. Diese sind ihr von Rechtswegen verantwortlich;

L. vn. §. 1. de rei vxor. act.
Mevius P. 8. Dec. 393. n. 7.

be-

beklagter Theil ist aber von allem Anspruche frei, da die vorige Hypothek, so der Minderjährigen an den besagten Hofe bestellt war, durch die, mit Beobachtung aller rechtlichen Feierlichkeiten (§. §. 9. bis 13.), vorgegangene Neuerung und Ueberweisung, *ipso iura* **aufgehoben ist.**

L. 18. ff. de donat.

L. 9. et 29. ff. de nov. et deleg.

Mevius loc. cit. n. 11.

XXII.

XXII. Rechtsfrage.

Ueber die Fragen:

1) wie ist bei Zurückzahlung in vorzeiten festgesetzten Geldsummen der Werth der Münze zu bestimmen?

2) Kann der Richter über das in der Klagschrift ausgedrückte Gesuch des Klägers (ultra petitu auctoris) erkennen?

3) Wann findet ein Rückhaltungsrecht, eine Eviction, und ein Vorstand statt?

Diese drei Fragen treten ein bei einem Rechtsstreite, welchen der Amtmann v. Storren zu Wiebrechtshausen, wider den Herrn Reichshofrath von Hugo zu Brunstein, als Bevollmächtigten der Landerben weil. Hofgerichts-Assessors von Storren Landerben, vor dem Hofgerichte zu Hildesheim führte.

In Betreff der 1sten und 2ten Frage ist A) unbestrittenen Rechts, und die fast unwidersprochene Meinung der Rechtsgelehrten, daß, so oft

wegen der Art der Münz-Sorten gestritten wird, auf die Zeit der errichteten Verbindlichkeit und geschehenen würklichen Verwendung der in Frage kommenden Summe allein Rücksicht zu nehmen ist, ita ut, mutata pecuniae bonitate intrinseca omnino solutio fieri debeat secundum aestimationem et rationem antiquae monetae, qua tempore contractus fuit, et minuta pecuniae materia illud debitor supplere teneatur.

Arg. L. 9. §. 8. de reb. cred.
L. 48. de evict.
L. 4. §. vet. de publ.

Carpzov, P. 2. c. 28. d. 4.
A. Faber, in Cod. L. 8. tit. 29. def. 25. n. 6.
Berlich, P. 2. concl. 35. n. 37.

quia naturalis aequitatis sit, ut solutio fiat iuxta valorem monetae, qui, cum contractus iniretur, obtinebat; adeoque, si decrevit, debitor, quod deest, suppleat,

D. C. Strubens rechtl. Bedenken, Th. II. B. 21. init.

a Pufendorf, Obs. J. V. Tit. IV. obs. 102.

J. H. Berger, in suppl. ad elect. discept. for. P. 2. ad Tit. 50. Suppl. 2.

J. J. Mascov, de iure circa rem monet. Sect. 11. §. 15.

J. G. Estor, de permisso et vet. collybo, quem *agio* vacant, praesertim in ante deb. retrib.

J. G. Heineccius, de reduct. monetae ad just. pret.

Hen-

Henn'g Rennemann, decisio controv. monet. circa valoris vulgo recepti in crementum et decrem.

Dinnerus, de monetae mutat. quoad solut.

J. G. Werner, Quaest. an in solutionibus tempus debiti vel solut. si insp. aliisque plures.

Daß dies auch bei dem Kaiserl. Reichs-Kammergerichte angenommen sey, bezeugen Gail, Mynsinger, Pfenningk,

Gail, L. 2. Obs. 73.

Mynsinger, Obs. 1. Cent. IV.

Pfenningk, de rei nummerariae mutat. et augment. L. 2. §. 10. tot. in specie. n. 40.

Daher würde es sowohl wider die offenbare Billigkeit, als auch gegen die deutlichsten Grundsätze des Rechts anstoßen, in dem strittigen Falle, die Landerben zu Annehmung der ihnen nach Familien-Verträgen zukommenden Geldsummen in Golde schuldig zu halten; um so mehr, da aus den klärsten Umständen der Zeit; und vorzüglich aus der Art der Schadloshaltung dieses oder jenes Familienzweiges, die man zum Augenmerk hatte, ersichtlich ist, daß die Contrahenten bei allen besondern Summen bessere Geldsorten als Gold, verstanden haben wollten.

Denn was a) die 4000 Rthlr. betrift, welche den Allods-Erben in dem Familien-Vergleiche von 1673. vermacht worden, so ist darin ausdrücklich also geordnet:

„Wenn Doctor Hermann Storre oder dessen Sohn, oder Kindeskinder in infinitum in ab-

absteigender Linie, ohne Hinterlassung männlicher Lehnserben versterben, und dadurch seinen Brüdern oder deren Kindern in absteigender Linie als proximis agnatis dieses Lehn anheim fallen und erledigt werden sollte, sollten dieselben (letztern) alsdenn den etwa hinterbliebenen Töchtern und Landerben erstlich **die Tausend Rthlr, welche zu Anfang aus dem Gute bezahlet, dann zwo tausend Rthlr. wegen der Melioramenten, und noch ferner aus dem Lehne tausend Rthlr. und also insgesammt 4000 Rthlr. baar bezahlen** ꝛc."

Und in einer vorhergehenden Stelle eben dieses Recesses, heißt es wegen der zwei ersten Poste so:

„erstlich 1000 Rthlr., welche in das Erbe verwendet, zweytens 2000 Rthlr. Baukosten, so aus eigenen Mitteln zu Verbesserung des Gutes angewendet ꝛc.

Also geht deutlich genug der Wille derer, die den Vertrag machten, dahin, daß wegen der besagten Verwendungen, die von der ältern Lehnslinie aus dem Eigengute in das Lehngut geschehen, die Töchter oder Land-Erben dieses Familienzweiges, von den im Lehne nachfolgenden Agnaten eine vollkommene Schadloshaltung erhalten sollten. Man könnte daher wol die allerstrengste Auslegung zu Grunde legen, und bei den zwei ersten Posten, nehmlich den ersten 1000 und 2000 Rthlr., selbst auf die im angeführten Recesse angegebene Zeit

der

der Verwendung ins Lehn, nemlich das Jahr 1666, zurückgehen.

„S. die Worte des Recesses von 1673, Seite 4. Und zwar anfänglich das freye Gut Heerde, u. s. w.“

So träfen diese beiden Summen in die Zeiten des vorigen Jahrhunderts, zu denen bekanntlich der alte Reichs-Fuß, nach welchem die Mark Silber zu 9 Rthlr. ausgeprägt worden, annoch gegolten. Denn dieser ist erst in der Mitte des 1667sten Jahrs durch den eingeführten Zinnischen Fuß aufgehoben.

(**v. Praun**) Gründliche Nachricht von dem Münzwesen, insbesondere dem teutschen Münzwesen, Cap. VI. §. 2.

Londorp, XVI. p. 221.

Lünig, des teutschen Reichs-Archivs, Part. 5. p. IV. Abth. II. Absatz, n. 65. p. 200.

Verfasser des Europäischen Herolds, P. I. p. 959.

Henr. de Bunau, in Comm. de iure circa rem monit. in Germ. Cap. 3. §. 19. seq.

a Pufendorf, T. I. Obs. 159. §. 3.

Um so weniger kann es hart scheinen, wenn die gesammte den Land-Erben nach dem Recesse von 1673. gebührende Summe der 4000 Rthlr. nach dem **zinnischen Fuße**, welcher damals überall in Teutschland ist eingeführt gewesen, zuerkannt wird. Dabei merken wir aber eine nähere und genauere Bestimmung des Betrages desselben an. Denn obgleich ausgemacht ist, daß die Mark Silbers

bers in allen großen und kleinen Münz-Sorten nach dem Zinnischen Fuße zu 15 Fl. 45 Kreutzer, oder 10½ Rthlr. und nach dem darauf im Jahr 1690. eingeführten Leipziger Fuße die Mark zu 18 Fl. oder 12 Rthlr. ausgeprägt worden, (da denn, nach genauer Rechnung 100 Rthlr. Zinnische — 114 Rthlr. 10 gr. 2 2/7 pf. Leipziger Münze betragen): so ist doch, bei Bestimmung des Unterschiedes unter dem Zinnischen- und Leipziger Fuße die Meinung der Rechtsgelehrten in den Gerichten zur Richtschnur angenommen, (die auch hier zur Entscheidung dienet), daß auf 100 Rthlr. nach dem Zinnischen Fuße ausgeschlagene Münze, 12½ Rthlr. Aufgeld, gegen Geld, das nach dem Leipziger Fuße geprägt ist, verstattet werden,

vid. *G. Barthii*, hodog. for. Cap. III. §. 2. Lit. K.

J. J. Mascov, Diss. de iure circa rem monet. Sect. II. §. 18. p. 30.

J. H. Berger, elect. Discept. for. T. 50. obs. 3. et in suppl. ad eas p. 1. l. c.

Da nun die Berechnung des (nach dem Leipziger Fuße geprägten Geldes gegen jetziges Gold) oder Pistolen, am füglichsten geschieht, wenn man 4 Rthlr. 24 gr. auf jede Pistole rechnet: so ergibt sich wegen des Unterschiedes der Leipziger Münze wiederum ein Aufgeld von 7 Rthlr. 5 gr. 1 1/7 pf. fürs hundert, welchemnach, wie folgende Berechnung ausweiset, auf 100 Rthlr. nach Zinnischem Fuße, ein Aufgeld gegen Gold von 20 Rthlr. 19 gr. 2 2/7 pf. sich ergibt:

$4\frac{2}{3}$ Thl. Lpz. M. = 5 Thlr. Gold — 100 Thl. L. M.
15 | 1500. (15
14) 107 Thl. 5 gr. $1\frac{3}{7}$ pf.

$4\frac{2}{3}$ Thl. L. M. — 5 Thl. G. — $112\frac{1}{2}$ Thl. L. M.
14 | 15 | $1687\frac{1}{2}$. (15
14) 120 Thl. 19 gr. $2\frac{2}{7}$ pf.

100 Thl. Zinn. 120 Thl. 19 gr. $2\frac{2}{7}$ pf. G. 4000 Thl. Zinn.
4821 Thl. 15 gr. $3\frac{3}{7}$ pf. (40

Folglich gebühren für diese nach dem Zinnischen Fuße gerechneten 4000 Rthlr. den Land-Erben 4821 Rthlr. 15 gr. $3\frac{3}{7}$ pf., in Pistolen zu 5 Rthlr. gerechnet.

Dagegen aber,

b) wenn der Lehnsfolger in Gemäßheit des Recesses von 1740. ferner verpflichtet worden, den Allodserben 2000 Rthlr. wegen des zu Gr. Heerde erbaueten Hauses, zu bezahlen, können darunter keine andre, als nach dem Leipziger Fuße ausgeprägte Münzen verstanden werden. Denn weil erstens in dem Vergleiche die gewisse Zeit, da diese 2000 Rthlr. verwandt worden, nicht ausgedrückt ist, so kann deshalben keine bestimmte Rücksicht genommen werden. Zweitens bezeichnet der beigesetzte Ausdruck „2000 Rthlr. an curren„ten groben Münz-Sorten,“ keine andere, als nach dem Leipziger Fuße ausgeprägte Münz-Sorten, zu welchen auch 12 mgr., 6 mgr., und 3 mgr. Stücke gerechnet werden. Dies behauptet nebst vielen andern Rechtsgelehrten

Daher ist diese Summe nach der vorhin gegebenen Reduction des Leipziger Fußes auf Gold à 7 Rthlr. 5 gr. $1\frac{1}{7}$ pf. pro Hundert, mit 2142 Rthlr. 30 gr. $6\frac{6}{7}$ pf. in Pistolen zu vergüten. Ferner aber

c) da in Betreff der 1000 Rthlr., die nach Vorschrift des 1740. geschlossenen Vergleichs den Land-Erben von dem Hofe zu Kleinen-Heerde entrichtet werden sollen, die Stelle des Vergleichs, die Art und Zeit mit der Verwendung dieser tausend Thaler, nebst dem kräftigen Willen, daß die Land-Erben der Summe halber völlig entschädigt werden sollten, zu deutlich enthält: so ist einleuchtend, daß bei Bestimmung des Werths dieser Gelder die sub Lit. b. beobachtete Norm angenommen werden müsse. Man darf nur folgende dahin zielende Worte des Vergleichs in genaue Erwägung ziehen.

„Als auch weil. Doctor Hermann Storre den Bortfeldtschen jetzo Brabeckischen Lehn-Meyerhof zu Kl. Heere von weil. Land-Rentmeister Blumen, titulo oneroso im Jahr 1655 an sich gebracht, indem er selbigem seinen Hof zu Bettmar, woran 1000 Rthlr. Pfandweise verschrieben, dafür hingegeben, und in dem Permutations-Contract sich von dem Land-Rentmeister verschreiben lassen, zu verschaffen, daß des Doctor Storren seine Gebrüdere mit in die Lehn des Kleinen-Heerischen Hofes von dem von Bortfeld genommen

men würden, so auch nachhero, wiewohl nicht ohne einige Difficultät geschehen, nachmals ferner des Assessors Vater, Hanns Christian Storre seel., vermöge mit seinen Geschwistern den 25ten Febr. 1681. errichteten Theilungs-Recessus, das auf diesem Hofe haftende Erbe für 1000 Rthlr. annehmen müssen, daher nicht mehr als billig ist, daß auf den Fall, da dem Herrn Rath Storren oder dessen Lehns-Erben, diese Lehn anheim fallen sollte, daß Assessoris Land-Erben diese 1000 Rthlr. nebst denen an dem Hofe und Zubehör befindlichen Melioramenten, gut gethan werden.

So ist 3tens paciscirer und wohlbedächtlich verabredet, daß gedachten Assessors Erben auf begebenden Fall jetzt erwähnte **Ein tausend Rthlr. und die befindlichen Melioramente** gut gethan, und ehe solches geschehen, selbige sich der Possession gedachten Hofes zu begeben, nicht schuldig, sondern vielmehr des iuris retensionis, bis zu ihrer **völligen Satisfaction** sich zu bedienen, guten Fug und Macht haben sollen.

Sollte sich auch nachmals der Fall begeben, daß des Herrn Raths männliche Linie ausginge, und dadurch dem Lehnsherrn diese Lehn eröfnet würde, selbiger aber entweder zu Recht nicht sollte gehalten seyn, berührte **tausend** Thaler und auf dem Hofe befindliche Melioramenta des letzt gewesenen

nen Vasalls Storrischer Linie Land-Erben wieder zu erstatten, oder sie auch sonsten von Ihm die Wiederbezahlung nicht erhalten können, soll solche Restitution von des Assessors alsdann im Leben seyenden Land-Erben geschehen.“

Weil nun hier auf das deutlichste angegeben worden, daß weil. Doctor Hermann Storre diesen Lehn-Meyerhof zu Kleinen-Heerde im Jahr 1655. **für diese tausend Thaler**, titulo oneroso erworben hat; und die genug ersichtliche Meinung der Verabredenden die ist, daß den dereinstigen Land-Erben diese 1000 Rthlr. nach ihrem wahrhaften und eigentlichen inneren Werthe wieder vergütet werden sollen; auch sonst, wenn in Betracht des innern Werths schlechterer Münze, als die verwandte war, weniger erstattet würde, nicht gesagt werden könnte, daß solche eine gemäße und völlige Schadens-Ersetzung bekämen, sondern darunter eine nie zu vermuthende Schenkung in der That geschähe: so sind sie nach ihren wahren innern Werthe zu erstatten. Denn die sich Verabredenden haben im Vergleiche nicht gesetzt, daß in Ansehung der im Jahre 1655. von Doct. Hermann Storren in den Hof gesteckten 1000 Rthlr., schlechthin tausend Thaler wieder erstattet werden sollten, sondern wollen ausdrücklich **diese tausend Thaler** nach ihrem wahren innerlichen Werthe erstattet wissen. Dies würde aber nicht bewürkt, wenn, statt der 1655. von dem damaligen Lehnsbesitzer verwendeten 1000 Rthl., die nach dem alten Reichs-Fuße einen weit höhern

hern Werth, als tausend nach dem Leipziger oder gar Zinnischen Fuße ausgeschlagene Thaler hatten, nur 1000 Rthlr. nach dem Zinnischen oder Leipziger Fuße, oder gar, nach dem Begehren des Klägers in Golde erstattet würden, weil darunter, nach dem Zeugnisse der oben angeführten Schriftsteller vom deutschen Münzwesen, ein sehr merklicher Unterschied obwaltet, indem die Mark nach dem bis ins Jahr 1667. geltenden Reichs-Fuße nur zu 12½ Fl. oder 9 Rthlr., hingegen die Mark nach dem Zinnischen Ao. 1667. eingeführten Fuße bereits zu 15 Fl. 45 kr. oder 10½ Rthlr., und nach dem 1690. angenommenen Leipziger Fuße gar zu 18 Fl. oder 12 Rthlr. ausgeprägt ist. Daher bringt es sowohl die Billigkeit, als auch die in Gerichten übliche Observanz mit sich, bei diesem Poste ein Aufgeld von 33⅓ Rthlr. fürs Hundert, gegen nach dem Leipziger Fuße ausgeschlagene Silbermünze, hiebei aber wieder ein Aufgeld von 7 Rthlr. 5 gr. 1$\frac{1}{7}$ pf. fürs Hundert gegen Gold zu bestimmen. Folglich sind diese 1000 Rthlr. Reichs-Münze den Land-Erben mit der Summe von 1333 Rthlr. 12 gr. nach dem Leipziger Fuße geschlagener Münze, oder mit 1428 Rthlr. 20 gr. 4$\frac{4}{7}$ pf. in Golde zu erlegen.

S. v. Prauns, gründliche Nachricht rc. Cap. 27. §. 8. p. 199.

Barth, hod. for. Cap. 3. §. 2. Lit. K.

a *Puffend*. T. 1. Obs. 159. §. 3. pag. 399.

Bunau de iur. circa R. M. Cap. 3. §. 20.

Mascov, de iure circa R. M. Sect. 11. §. 17. p. 29.

item *Berger*, loc. cit.

Da-

Dagegen ergiebt sich von selbst, aus vorangeführten Gründen

d) in Ansehung der wegen der Salderschen Lehne zu Nettlingen zu entrichtenden 1500 Rthlr. Species, welche Implorant bereits zu 2000 Rthlr. anerkannt hat, daß die Land-Erben hierauf blos ein Aufgeld von 7 Rthlr. 5 gr. $1\frac{1}{7}$ pf. fürs Hundert zu fodern haben, mithin Implorant ihnen statt dieser 2000 Rthlr. in Golde 2142 Rthlr. 30 gr. $6\frac{6}{7}$ pf. erstatten müsse.

Im Gegentheile aber folgt e) aus eben angezeigten Ursachen, vorzüglich aus der aller Orten hervorleuchtenden allein vor Augen gehabten Absicht der völligen Schadloshaltung des ausgehenden Lehn-Stammes, daß Implorant sowohl die wegen des Meyerhofes zu Wallenstedt schuldigen 133 Rthlr. 12 gr., als auch die von den Meyerstädten zu Othfreisen und Sehle zu bezahlenden 75 Rthlr., nach dem Zinnischen Fuße gerechnet, jene mit 160 Rthlr. 25 gr. $5\frac{5}{7}$ pf. und diese mit 90 Rthlr. 14 gr. $3\frac{5}{7}$ pf. entrichten müsse. Zu dessen Begründung heißt es in Betreff des ersten Postes der $133\frac{1}{2}$ Rthlr. im Recesse vom Jahre 1740.:

„Da auch ferner aus obangeregten Theilungs-Recesse von 1681. erhellet, daß des Assessoris Vater; wie ihm in dem väterlichen Testamente anbefohlen, seinen Mit-Erben wegen des 3ten Theils an dem Meierhofe zu Wallenstedt, welcher Nassau-Spiegelbergisch Lehn ist, 133 Rthlr. 12 gr. (die weil.

Doctor

Doctor Hermann Storre der Hildesheimschen Brauergilde zum Abstande baar bezahlet hat) zur Collation bringen müssen: So ist beliebet, daß, wenn besagter des Assessoris dritter Lehn-Theil Lehn an erwähntem Hofe, dem Herrn Rath Storren oder dessen Lehns-Erben zusterben sollte, sie alsdann des Assessoris Land-Erben die $133\frac{1}{3}$ Rthlr. gut thun sollen 2c."

Und wegen des andern Postes der 75 Rthlr. lautet oft angezogener Vergleich also:

„Wie denn weniger nicht die 75 Rthlr. so weil. Doctor Hermann Storre dem Rath Schoppen für die Cession seiner Rechte an dem Meyerhofe zu Großen-Elbe und zu Othfreisen Ao. 1675, besage Cession und Quittung, ausgezahlet hat, im Fall, daß der Herr Rath oder dessen Erben zur Succession in dem Guthe Heere, woran benannte Höfe Pertinenzien sind, gelangen, dem Assessori oder dessen Land-Erben restituiret und wieder gezahlt werden sollen."

f) Gegen diese Bestimmung der zu erlegenden Gelder nach geschehener Werdirung aller besondern Geld-Sorten thut es

B) keinen Eintrag, wenn von Seite des Imploraten jeder besondrer Post dieser Summen nur zu 10 p. Ct. Aufgeld gefodert worden. Daraus darf man nicht die Folge ziehen, daß bei Bestimmung der wahren Geld-Sorten, wie bei dieser

ser oder jener speciellen Summe geschehen ist, über 10 p. C. Aufgeld nicht zuerkannt werden könne, obgleich sonst die Ueberschreitung des Gebetenen nach dem bekannten Spruche Sententia libello debet esse conformis, als Gesetzwidrig anzusehen ist.

Denn α) diese Meinung, die von den meisten Auslegern der Gesetze angenommen ist, gehört zu der großen Menge von Irrthümern, die oft in jeder Wissenschaft nicht allein die gemeine Art von Menschen, sondern selbst die Klügern und Verständigern derselben, ja selbst die Lehrer der Wissenschaft, wie ein Strom fortreißt, wovon es denn

L. 1. §. 6. C. de Vet. iure enucl.

heißt:

"Sed neque ex multitudine auctorum, „quod melius et aequius est, iudicatote, „quum possit vnius deterioris Senten- „tiae et multas et maiores in aliqua „parte superare.

Im vorliegenden Falle aber ist nicht einmahl ein Gesetz vorhanden, welches diese Meinung bestärkte, vielmehr stoßt eben diese fälschlich, zur Regel angenommene, Meinung wider die klarsten Gesetze an, secundum quas non solum iudici, si quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et iuri publico conuenire, permittitur,

L. un. C. vt. qu. def. adv. part. iud. fuppl.

fed et, neglectis erroribus partium, id, quod conveniat ex fide eorum, quae probantur, iudicem fequi in iungitur,

L. 6. §. 1. de offic. praef.

et fi quis minus, quam re vera fit, taxa verit fuam litem, nec ad hoc refpiciat iudex, fed in veram quantitatem calculum ferat,

fec. L. 1. C. de plus pet.

Dies beftätigt Juftinianus

§. 34. I. de Action. mit diefen Worten:

minus intentione fua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti, fi, quum ei decem aurei deberentur, quinque fibi dari oportere intenderit, aut fi, quum totus fundus eius effet, partem dimidiam fuam effe, petierit, *fine periculo agit*: In reliquum enim nihilominus iudex adverfarium eodem iudici ei condemnat, ex conftitutione diuae memoriae Zenonis (L. 1. c. de plus pet.)

Conf. porro L. 43. §. 6. de Aedil. Edicto.

L. 17. §. 3. L. 19. pr. de recept. qui arbitrium etc.

L. 38. de rei vind.

L. 21. de reb. cred.

L. 55. Fam. erisc.

L. 6. X. de iudiciis.

Clem. 2. de Verb. Sign. Rec. Imp. de anno 1551. §. 31. 32.

Hierzu kommt β) daß Implorant die Beftimmung von 10 p. C. auf alle befondre Summen überhaupt nur als einen Vergleich angetragen hat, welcher,

welcher, da er vom Imploranten nicht angenommen ist, von selbst wegfällt,

und γ) daß sich aus dem Vorigen ergiebt, daß bei vielen der besagten Summen weit weniger als zehn aufs Hundert gerechnet werden müssen.

Die dritte Frage angehend, ist einzig und allein die Verbindlichkeit in Erwegung zu ziehen, welche die sich verabredenden Theile einander haben auflegen wollen. In diesem Betracht muß daher die dies betreffende Stelle des Recesses von 1740. zu Grunde gelegt werden, worin es in Ansehung der aus dem Hofe Kleinen-Heerde an die Landerben zu zahlenden 1000 Rthlr. heißt:

"Als auch weiland Doctor Hermann Storre dem Bortfeldtschen jetzo Brabeckschen Lehnmeyerhof zu Kleinen-Heere von weil. Landrentmeister Blumen titulo oneroso im Jahr 1655. an sich gebracht, indem er Selbigem seinen Hof zu Bettmar, woran 1000 Rthlr. Pfandweise verschrieben, dafür hingegeben, und in dem Permutations-Contract sich von dem Landrentmeister verschreiben lassen, zu verschaffen, daß des Doctor Storren seine Gebrüdere mit in die Lehn des Kleinen-Heerischen Hofes von den von Bortfeld genommen würden, so auch nachhero, wiewohl nicht ohne einige Difficultät geschehen, nachmahls ferner des Assessoris Vater Hans Christian Storren seel. vermöge mit seinen Geschwistern den 25ten Febr. 1681. errichteten Theilungs-Recessus, das auf diesem

Hofe

Hofe haftende Erbe für 1000 Rthlr. annehmen müssen, dahero nicht mehr als billig ist, daß auf den Fall, da dem Herrn Rath Storren oder dessen Lehns-Erben, diese Lehne anheim fallen sollte, daß Assessoris Landerben diese 1000 Rthlr. nebst denen an dem Hofe und Zubehör befindlichen Melioramenten gut gethan werden.

So ist 3tens pacisciret, und wohlbedächtlich verabredet, daß gedachten Assessoris Erben auf begebenden Fall jetzt erwehnte Ein tausend Rthlr. und die befindlichen Melioramente gut gethan, und ehe solches geschehen, selbige sich der Possession gedachten Hofes zu begeben, nicht schuldig, sondern vielmehr des Iuris retentionis bis zu ihrer völligen Satisfaction sich zu bedienen, guten Fug und Macht haben sollen.

Sollte sich auch nachmahls der Fall begeben, daß des Herrn Raths männliche Linie ausginge und dadurch dem Lehnsherrn diese Lehn eröfnet würde, selbiger aber entweder zu recht nicht sollte gehalten seyn, berührte tausend Rthlr. und auf dem Hofe befindlicher Melioramenten des letzt gewesenen Vasalli Storrischer Linie Landerben wieder zu erstatten, oder sie auch sonsten von Ihm die Wiederbezahlung nicht erhalten könnten, soll solche Restitution von des Assessoris alsdann im Leben seyenden Landerben geschehen."

Aus diesen Worten des Vergleichs kann keine andre vernünftige Auslegung gemacht werden, als daß besagte 1000 Rthlr., ohngeachtet der noch nicht bewürkten lehnsherrlichen Einwilligung jedesmahl bei eintretendem Falle unaufhaltbar bezahlt werden sollen, und daß weder den Erben des Assessoris Storren die Verbindlichkeit aufgelegt wird, diese Einwilligung des Lehnsherrn zu schaffen, noch die Befugniß ertheilt, bei dereinstiger Hervorleuchtung des dissensus a parte domini directi, des Raths Storren Erben die 1000 Rthlr. zurückzuhalten; vielmehr mußte Implorantens Vater, als pars paciscens, sich dagegen ausdrücklich verwahren, weil er wußte, daß in dessen Ermangelung nach bekannten Rechten wider ihn und seine Erben die Auslegung würde zu machen seyn. Ueberhaupt aber kann die Entscheidung der Fragen, ob die auf einem Lehnsgute haftende Schuld dieser Art von dem Lehnserben zu tragen sey, am Ende wenig Schwierigkeit machen, da, nach dem Recesse, dies eine Geldsumme ist, die in das Lehn, ja zu diesen Ankauf, ist angewandt worden. Wie könnte denn der Lehnserbe sich von der Verbindlichkeit, diese abzutragen, los halten?

Alb. Brunnemann, Conf. feud. 104.

Berlich P. II. Concl. 55. n. 59.

Richter, Dec. 78. n. 16.

Struv, C. XIV. §. 6. seqq.

Daher ist denn auch die Implorantischer Seits neuerlich von Imploranten geforderte Evictionsleistung

leistung (welche bereits in mehrgedachtem Familien-Vertrage von 1740. genau ausgedrückt ist) nebst der, bei den bekannten Umständen der imploratischen Landerben, in allem Betrachte unnöthigen, überflüssigen und vergleichswidrigen Cautionsbestellung, denselben nicht anzumuthen.

XXIII. Rechtsfrage.

Wo ist die Gränze für stillschweigende Hypotheken zu ziehen, und wo geht die jüngere öffentliche Hypothek der ältern stillschweigenden vor?

Es findet keine Ausdehnung einer stillschweigenden Hypothek, als eines zum Nachtheile Anderer ertheilten, besondern Rechts, ausser den im Gesetze bestimmten Fällen, Statt.

Ludolf, in Symphoremat. Consult. et Dec. For. T. 1. Consult. 43. p. 1165. nota A.

Berger in Oeconomia Iuris L. 2. tit. 5. nota 3. p. 514.

Stryck in U. M. L. 2. tit. 20. §. 4.

Leyser sp. 164. med. 8.

Lauterbach in Diss. de tacito pignore parte speciali Membro 1. cap. 1. et cap. 2. §. 35.

Fridericus Gerdesius de pignoribus Sect. 1. §. 24. in fine in ejusdem Operibus Parte 1. p. 819.

Antonius Faber de erroribus pragmaticorum P. 1. decad. 1. errore 1.

Daher stehet einem Mündel keine stillschweigende Hypothek an den Gütern seines Gerhaben zu.

Lauterbach in Diss. de tacito pignore cap. 2. §. 35. in Vol. IV. Dissert.

Es gebühret auch aus eben diesem Grunde einem, dem auf den Sterbefall etwas geschenkt wird, keine still-

stillschweigende Hypothek an den hinterlassenen Gütern des Schenkers.

Frider. Gerdesius l. cit.

Antonius Faber l. cit. P. 2. decad. 48. errore 9.

Brunnemann ad L. 1. Cod. communia de legatis.

Negusantius, de pignoribus et hypothecis parte 2. membr. 4. n 162.

obgleich die Schenkungen auf den Sterbefall den Vermächtnissen (Legaten) gleich gemacht sind.

§. 1. I. de donationibus.

L. 37. pr. D. de mortis causa donationibus.

L. 4. Cod. de donationibus mortis causa.

Aus demselben Grunde gebührt auch Kindern keine andere stillschweigende Hypothek an den Gütern ihres Vaters, als die ihnen wegen Verwaltung der von der Mutter und derselben Vorfahren ererbten Güter ausdrücklich beigelegte; und es stehet ihnen solche, wegen anderer ihnen zugehörigen von dem Vater verwalteten Güter, gar nicht zu.

Strube in Bedenken parte 3. p. 204. et 205. und die daselbst nota b. citirte.

Harpprecht in Scrutinio XVIII. hypothecarum spuriarum §. 14. n. 119. in ejusd. Diss. Vol. 1. N. 29. ibique citati.

Lauterbach in Diss. de tacito pignore cap. 2. §. 39. ibique cit. Bachov. et Negusantius de pignoribus.

Boehmer in Introduct. in Ius D. L. 20. tit. 2. §. 5.

Was nun in so weit in Rücksicht des Vaters nicht gilt, dem die Rechte solche Verwaltung gestat-

statten, das kann eben so wenig in Ansehung eines Solchen gelten, der die Verwaltung zur Ungebühr übernimmt.

Den Mündeln gebührt an Gütern, die für ihr Geld von Andern gekauft sind, eine stillschweigende Hypothek mit dem Rechte des Vorganges. Sollten also z. E. Häuser mit der Mündel Gelde gekauft seyn, so würde sich die Sache ändern. Brunnemann hält dafür, daß von demjenigen, was ein Vormund gekauft hat, zu vermuthen stehe, daß solches mit der Mündel Gelde geschehen sey.

in Praelectionibus de processu concursus creditorum cap. 5. §. 42. n. 1.

Daß eine jüngere öffentliche Verschreibung einer ältern stillschweigenden vorgehe, behauptet Harpprecht

in dissert. de pignore publico §. 6. n. 41. in ejusd. Diss. Vol. I. N. 27.

Diesem treten Struv und Brunnemann bei,

Struv in Syntagmate Iuris Civilis Exercit. 44. thes. 51. et 54.

Brunnemann l. cit. §. 12. 43. 44. 45. et 48.

indem sie die öffentlichen Verschreibungen zur zweiten, die stillschweigenden Hypotheken aber zur dritten Klasse der in Klassen abzutheilenden Gläubiger rechnen.

Just

Just Henning Böhmer ist

in Diss. de praerogativa hypothecarum publicarum cap. 1. §. 15.

der Meinung, daß die stillschweigenden Verbürgungen, welche zu einem Geschäfte hinzukommen, worüber eine öffentliche Ausfertigung, z. E. bei einer Vormundschaft, daß solche mit einer öffentlichen Verschreibung von gleicher Kraft wären, daß also das Alter zwischen denselben den Vorzug bestimmen, und daß diejenigen stillschweigenden Hypotheken, welche zu einem Geschäfte hinzutreten, worüber von Obrigkeitswegen nichts schriftlich verhandelt ist, z. E. die hypotheca tacita uxori ratione paraphernalium competens, wenn alles dieserwegen ohne öffentliche Ausfertigung eingerichtet worden, den jüngern öffentlichen Verschreibungen nachstehen müßten. Also muß nach Böhmers Meinung eine stillschweigende Hypothek an den Gütern des Gerhaben (protutoris) einer jüngern öffentlichen Verschreibung weichen.

Pufendorf scheinet eine jüngere öffentliche Hypothek einer ältern stillschweigenden nur denn vorzuziehen, wenn eine ältere besondere damit in Streit kommt.

Add. *Balthasar* de classificatione creditorum, et de Canngiesser Decis. summi Tribun. Hass. Cassell.

XXIV. Rechtsfrage.

Ist das Geständniß eines Schwängerers, daß er, zur Zeit der Schwangerschaft, die von ihm geschwächte Person zu heirathen nicht abgeneigt gewesen sey, und deswegen Heirathsvorschläge bei deren Vater habe thun lassen, für ein gültiges und verbindliches Eheversprechen zu halten?

Ein Eheversprechen ist eine wechselseitig geschehene und angenommene Erklärung einer ledigen Manns- und Frauensperson, sich mit einander ehelich verbinden zu wollen.

c. 3. c. 30. q. 5. l. 2. X. de sponsalibus.
L. 1. ff de sponsalibus.

Nach den Worten dieser aus Gesetzen gezogenen Erklärung, hat ein Eheversprechen dieselben Eigenschaften, die jeder andere Vertrag hat, welcher die Uebereinkunft zweier, oder mehrer, einerlei zu wollen, in sich schließt.

L. 1. §. 2. ff de Pactis.

So lange daher die wechselseitige Einwilligung in eine Ehe zu treten, fehlt, läßt sich auch das

Da-

Daseyn eines Eheversprechens mit Grunde nicht behaupten.

G. L. Boehmer pr. iur. canon. L. III. Sect. II. T. II.

Nach verschiedenen Landesgesetzen, und auch nach der Stift-Hildesheimischen Consistorial-Verordnung vom Jahre 1743. §. 1. ist beiderseitige Willenserklärung an sich, nicht einmahl hinreichend, ein Eheversprechen als gültig zu begründen; sondern es muß diese wechselseitige Willenserklärung in Gegenwart zweier tüchtiger Zeugen geschehen, wenn sie verbindliche Kraft haben soll.

Nur in dem Falle, wenn die Geschwächte, durch Hofnung der Ehe zum Beischlaf ist verleitet worden, behaupten die Rechtslehrer die Verbindlichkeit eines heimlichen und unumständlichen Eheversprechens.

Io. G. Bauer in Diss. de concubitu matrim. ante cop. sacerd.

In dem vorliegenden Falle fehlen aber, nicht nur alle wesentliche Eigenschaften eines Eheversprechens, und die vorgeschriebenen Solennitäten, sondern es ist auch nicht einmahl eine einseitige Zusage, wodurch die Geschwächte zum Beischlaf verleitet worden, welche nothwendig vor der Schwängerung vorhergehen, oder dieselbe begleiten muß, vorhanden. Daher wurde vom Consistorio A. C. in Hildesheim obige Frage verneinend entschieden, und Klägerin angewiesen, zu erweisen, daß der Bekl. ihr **vor und bei** der Schwängernng die Ehe wirklich zugesagt habe.

XXV.

XXV. Rechtsfrage.

Kann zum Erweise einer hergebrachten Gewohnheit (Observanz) dem Beklagten mit Effect der Eid zugeschoben werden?

Die Gemeine Wendhausen verklagte Henning Remmert bei dem Gerichte Wendhausen, weil er sich wegerte, von seinem unbewohnten Hofe, auf dem weder Kühe noch Schweine gehalten werden, das Hütelohn für 1 Kuh und 1 Schwein, und die Contribution für eine Kuh zu bezahlen.

Beklagter läugnete, diese Verbindlichkeiten auf sich zu haben; selbst in dem Falle, wenn er auf dem Hofe, den er bewohnte, mehr als 1 Schwein und 1 Kuh hielte und dafür bezahlte, wie er thue; und behauptet, daß, wenn dafür müßte bezahlt werden, er dann nicht das Recht habe, die von dem nicht bewohnten Hofe zu versteurende Kuh und das Schwein, wofür er das Hütelohn zu bezahlen hätte, auf seinem Hofe zu haben, und endlich, daß ihm darüber kein Gewohnheitsrecht entgegenstehe.

Am 18ten October 1796. wurde darauf erkannt:

Daß

Daß die Gemeine W. den Grund ihrer Klage, nehmlich die angeführte Gewohnheit, nach welcher ein Besitzer zweyer dortigen Höfe, so viele Kühe und Schweine er auch von dem einen Hofe treiben möge, dennoch, wenn auf dem zweiten Hofe kein solches Vieh gehalten werde, noch ausserdem für eine Kuh, die er nicht besäße, das Mondgeld bezahlen, auch für diese und ein Schwein, das er nicht hätte, das Hütelohn entrichten müsse, binnen 4 Wochen reprobatione salva zu erweisen schuldig sey, worauf oder in dessen Entstehung auf des einen oder andern Theils Anrufen, sowohl in der Hauptsache, als der Kosten wegen, rücksichtlich deren die Entscheidung bis dahin verstellet bliebe, weiter ergehen sollte, was Rechtens. Uebrigens würden die Kläger mit dem in der Erwiederungsschrift nachgefügten Klagpunkte wegen verweigerter Contribution von einem Morgen Landes von hier ab: und zur besondern Ausführung verwiesen.

N. 25. Act. 1. J.

Dieses Urthel ist in Rechtskraft getreten, nachdem solches in der Leuterungs-Instanz durch ein Urthel

N. 38. Act.

bestätigt, und der hierwider eingelegten Appellation freiwillig entsagt ist.

Hierauf schob die klagende Gemeine dem Beklagten über folgende Punkte einen Eid zu:

1) ob er nicht wisse, oder nicht von seinem Vater, oder sonst Jemanden gehöret habe, daß in Wendhausen seit undenklichen Jahren die Gewohnheit eingeführt sey, daß ein Besitzer zweier Höfe in Wendhausen, so viele Kühe und Schweine er auch von dem einem Hofe treiben möge, dennoch, wenn auf dem zweiten Hofe kein Vieh gehalten worden, noch außerdem für eine Kuh, die er da nicht hätte, das Mondgeld bezahlen, auch für diese und ein Schwein, das er nicht besäße, das Hütelohn entrichten müsse;

2) ob er nicht wisse, oder ob er nicht sonst von Jemand gehört habe, daß, als vor langen Jahren des jetzigen Degenhard Lauen Vater, Jürgen Laue, in Wendhausen ein neues Haus gebauet habe, und dieserhalben auf eine andere Brinksitzerstelle gezogen sey, dieser Jürgen Laue, wegen des Baues sowohl von der Brinksitzerstelle, worauf er gewohnet, die Kühe, die er damals gehabt habe, als auch von dem einen Hofe, worauf er gebauet und nicht gewohnet, noch besonders eine Kuh verschatzen, und das Hütelohn bezahlen müssen?

Nach der geschehenen Auflage, sich über den Eid zu erklären, stellte Beklagter die Unzuläßigkeit des Eides vor, erhält aber unter dem 27ten Februar 1798. einen abschläglichen Bescheid, der so lautet:

Da hier nicht von einem eigentlichen Gewohnheitsrechte im strengern Sinne des Worts, son-

sondern nur von der fast in jedem Dorfe anders eingerichteten Art und Weise, wie die monatlichen Contributionen und das Hütelohn aufgebracht werden, und ob dabei das von der Gemeine angeführte und ihr zu erweisen aufgelegte Herkommen Statt finde oder nicht, die Frage ist; auch dadurch, daß die sämmtlichen Reiheleute klagender Theil sind, die wider die Zuläßigkeit des zugeschobenen Eides vorgetragenen Gründe mit wegfallen; und endlich die Absicht der Gemeine der Hofgerichts-Ordnung Tit. 23. §. 1. entspricht: so hat Beklagter Remmert, Einwendens ungehindert, und wenn er sein Gewissen nicht lieber mit Beweis vertreten will, auf die Eideszuschiebung acceptando vel referendo binnen 14 Tagen sich unfehlbar zu erklären.

Dawider legte er eine höhere Rechtsverwendung ein. Die Gründe seiner Rechtfertigungsschrift, die er mit denen in seiner Leuterungs-Rechtfertigung schon angegebenen verbinde, sollen in nachfolgender Meinung zu Vermeidung der Wiederholungen, ausgeführt und geprüft werden.

Votum.

Die Formalien der Appellation sind gehörig beobachtet.

In Betreff der Materialien scheint es zwar, als ob

1) überall die Eideszuschiebung bei dem auferlegten Beweise eines Gewohnheitsrechts nicht Statt nehmen könne, weil die Folge, wenn derselbe verweigert würde, und so für geweigert anzunehmen wäre, es denn für die Rechte dritter Personen drückend, ja ganzen Gemeinden, folglich allen Bewohnern eines Ortes nachtheilig, oder vortheilhaft werden könnte, denen doch jetzt in Hader begriffene kein Recht **geben oder nehmen** können, das ihnen weder gebührt, noch zu benehmen ist, indem, durch die etwanige, vielleicht übertriebene Gewissenhaftigkeit des Einzelnen, dem der Eid zugeschoben worden, ein Gewohnheitsrecht dergestalt festgesetzt werden könnte.

2) Scheint es, daß das Daseyn eines vorgegebenen Gewohnheitsrechts auf die Art nicht zu erproben sey, da weder der Consensus legislatoris, noch multitudo actuum, noch diuturnitatas eorum, noch actus voluntarii, ex opinione necessitatis suscepti, et rationabiles, also erwiesen werden.

Claproth, im Bürg. Proc. Th. 2. §. 21. n. 8.
Hemmerich, de prob. consuetud. Sect. 11. §. 17.

Ist doch nicht einmal ein Ergänzungseid (iuramentum suppletorium) bei dem Erweise eines Gewohnheits-Rechts zuläßig, welches doch, vom Großen aufs Kleine zu schließen, seyn müßte, wenn dies gleich bei der Eideszuschiebung nicht ausdrücklich festgesetzt wäre.

Hertii, Conf. et Resp. Dec. 408. n. 2.
Struben, R. B. Th. 4. B. 163.

3)

3) Darf man auch nicht aus der Acht lassen, daß die Absicht der Gemeinde bei der vorliegenden Eideszuschiebung nur dahin gehen kann, den Beklagten um den Kostenersatz zu bringen, da angeführt wird, daß die Gemeinde, um aus dem Procesſe zu kommen, dem Beklagten, unter dem Erbieten, ihm **Beklagten** die seit dem **ersten** Urthel gehabten Kosten zu erstatten, einen Vergleich angeboten, und ihm dabei mit der Eideszuschiebung, wodurch dieser die ersten Kosten verlieren würde, gedrohet habe, welches also den Beklagten dahin leiten könnte, vor Ausschwörung des Eides, den er abzuleisten im Stande wäre, von der Gemeine, und deren Sachwalter den Gefärdeid abzufordern.

Aber, was die erste und zweite Bedenklichkeit betrift, steht es Jedem frei, der befugt ist, sein streitiges Recht zu verfolgen, oder sich dessen zu begeben, oder die Streitigkeit durch einen Vergleich beizulegen, dem Andern einen Eid zuzuschieben. Es kann auch Keinem, dem es an Beweismitteln fehlt, verwehrt seyn, seine Gerechtsame auf die Art darzuthun. Es steht auch Jedem frey, der da glaubt, sich auf des Andern Redlichkeit verlassen zu können, um sich nicht in einen weitläuftigen Proceß einzulassen, von dem Gegner ein eidliches Zeugniß zu fordern, und ihn schwören zu lassen, „daß eine einseitige, erlaubte oder unerlaubte Handlung vorgenommen, oder nicht vorgenommen sey, daß eine Begebenheit sich zugetragen, oder nicht zugetragen habe, oder daß er nicht wisse noch glaube, daß sich die Begeben-

heit zugetragen habe, die einseitige Handlung vorgenommen sey, u. s. w."

v. Trevenar, Theorie der Beweise im Civilprocesse, II. Abschnitt, III. Cap. pag. 91.

Es ist auch eine allgemeine Meinung guter Rechtslehrer, daß zum Erweise eines Gewohnheitsrechts auch die Eideszuschiebung statt finde (obwohl **Wernher**

P. I. Obs. 38.

die gegenseitige Meinung annimmt). In dem Erkenntnisse des Unter-Richters vom 26ten October 1796.

Nr. 25. Act.

wird der von der klagenden Gemeine so benannte **Gebrauch**, worauf sie ihre Klage gründet, selbst **Gewohnheit** benannt, hiebei ist wohl zu bemerken, daß, bei genauerer Erwägung der vorliegenden Sache, überall nicht von einem Gewohnheitsrechte im eigentlichen Verstande, sondern von einem **Herkommen**, (Observanz) die Rede sey. Es ist aber kündlich, daß hier im Lande einer jeden Gemeine (ob mit Recht oder mit Unrecht, gehört nicht hieher) bisher ist überlassen geblieben, das Simplum ihrer monatlichen Contribution zu sammlen; und daß hierüber im Allgemeinen nichts Bestimmtes vorhanden ist, vielmehr auf der stillschweigenden Uebereinstimmung der dabei Betheilten, die Art sie zu sammlen beruhet, und fürs Künftige bestimmt. So begründet auch blos das Herkommen, was die Gemeine-Hirten erhalten, wer

dazu

dazu beiträgt, und wie viel? Offenbar ist also hier von einem eigentlichen Gewohnheitsrechte nicht einmal die Rede, sondern von dem, würklich abweichenden, einzelnen Gemeine-Herkommen eines Dorfes, welches hier, wie vorhin erwähnt ist, in Ermangelung der übrigen Erfordernisse zu einem Gewohnheitsrechte blos geduldet wird. Denn es soll hier entschieden werden:

ob in Wendhausen von Jemand, der zwei Höfe besitzt, so viele Kühe und Schweine er auch von dem einen Hofe treibt, doch, wenn auf dem zweiten Hofe kein solches Vieh gehalten wird, für Eine Kuh und für Ein Schwein, die er da nicht hält, der Beitrag zur monatlichen Contribution müsse erlegt, und für die 1 Kuh und das 1 Schwein, welche er nicht besitzt, das Hütelohn bezahlt werden.

In vorliegendem Falle ist also weder stillschweigende Zustimmung des Gesetzgebers, noch eine Menge von Handlungen, die aus vermeinter Nothwendigkeit geschehen sind, noch Länge der Zeit nöthig, weil zu Begründung des Herkommens der einmalige vorige Fall hinreicht. Die andern Erfordernisse des Gewohnheitsrechts fallen hier weg, zumal da Appellat auf einer, und alle Mitglieder der Wendhausischen Gemeine auf der entgegengesetzten Seite stehen. Man darf also auch nicht fürchten, daß durch die Zuschiebung oder Weigerung des Eides, die widersinnigsten Gewohnheiten in einer Gemeine eingeführt werden; auch

nicht, daß Glieder der Gemeine, welche nicht in den in dem Eide liegenden Vergleich gewilligt, gefährdet werden mögten.

Was den dritten Punkt betrift, wenn auch gleich bei der Gemeine die Absicht, daß die Kosten aufgerufen werden, seyn mag, (welches doch noch ungewiß, und nicht als ausgemacht anzunehmen ist, so kommt ihr dennoch nach der

Tit. 23. §. 1.

Hofgerichts-Ordnung die Befugniß zu, den Eid als ein Beweismittel zu gebrauchen, mit dem was gesetzlich daraus folgt, ohne daß die Frage: ob im vorliegenden Falle das Gesetz wegen Kosten-Aufrufung eintrete, damit entschieden wird.

Daher glaube ich, es sey folgendermaaßen zu sprechen:

In Sachen Henning Remmert zu Wendhausen, Beklagten und Appellanten, wider die Gemeine Wendhausen, Klägerin und Appellatin, wird letzterm die von ersterm am 9ten März l. J. übergebene Introductio et Justificatio sammt Anl. kopeilich communiciret, und ist auf Nachsehung der abgeforderten Acten erster Instanz, und abgestattete Relation, der Bescheid:

daß die eingewandte Appellation, wegen Unerheblichkeit der Beschwerden, zu verwerfen sey; et detur, auf Verlangen, copia Voti, et remittentur Acta prioris instantiae.

XXVI. Rechtsfrage.

Befreiet eine allgemeine Ableugnung einer aus verschiedenen Posten bestehenden Foderung, wenn diese einzeln auch nebenher halb und halb eingestanden sind, die Kläger vom Beweise der Rechtmässigkeit ihrer Foderung?

In einer, bei dem Consistorio A. C. in Hildesheim angebrachten Klage, fordern Kläger von Beklagten die, aus verschiedenen Posten bestehende, Summe von 100 Rthlr. 12 gr. 3 pf., welche der leztere, laut einer unter den Papieren des Erblassers der Kläger vorgefundenen Note seit mehr als 20 Jahren soll unbezahlt gelassen haben.

Beklagter erkläret hierauf, den Klägern **durchaus nichts schuldig zu seyn.** — Eine solche Schuld sey von seiner Seite auch nicht glaublich, vielmehr die geschehene Zahlung aus dem Grunde rechtlich zu vermuthen, weil Erblasser der Kläger, welcher erst vor ¼ Jahr verstorben, des Geldes bedürftig gewesen sey, und den-

noch seit 20 Jahren von dieser angeblichen Schuld nichts erwähnet habe.

Diese letzte Aeußerung scheint, da Beklagter die einzelnen Klageposten nicht einzeln abgeleugnet hat, eine Einräumung der angeblichen Schuld in sich zu fassen; und wenn dieses der Fall wäre, müßte, den Regeln vom Beweise zu Folge, dem Beklagten der Beweis seiner Einrede, der geschehenen Zahlung, auferlegt werden.

Indessen hat Beklagter

1) ausdrücklich und bestimmt erwiedert, den Klägern durchaus nichts schuldig zu seyn, welcher Ausdruck offenbar eine Ableugnung einer jeden Schuldforderung, mithin auch dieser verschiedenen Posten enthält. Das dagegen

2) vom Beklagten gethane Anführen einer zu vermuthenden Zahlung, ist nur beiläufig geschehen, und daher als ein Geständniß der Schuld um so weniger anzusehen, weil hierbei

a) sich gar nicht zeigt, daß er dabei Willen und Absicht des Eingeständnisses gehabt habe, welches doch, den Gesetzen nach, dazu nothwendig erfordert wird;

Mascard, de probat. q. 7. n. 52.

ICti Tübing. Vol. II. Conf. 44. n. 14. Vol. III. Conf. 232. n. 42.

b) wird das Wesentliche eines bündigen Geständnisses im gegenwärtigen Falle, vermisset, nehm-

nehmlich, daß jedes dem Eingesteher schändliche Eingeständniß deutlich, bestimmt, gewiß, ausdrücklich, und keinen Zweifel überlassend seyn muß.

Horn, in Consult. et Resp. C. XI. R. 92.

Zwar war

3) von mehren einzelnen Posten die Rede, welche einer besondern Erklärung bedurft hätten;

Pütter, auserlesene Rechtsfälle, 1 B. Dec. CLXXV. n. 6. 7.

indessen mußte in diesem Falle nicht allein lis pro negative contestata angenommen; sondern den Klägern der Beweis ihrer Foderung um so mehr auferlegt werden, weil sie dieselbe auf eine Privat-Schrift gründeten.

L. 7. C. de probat.

Diesen Grundsätzen zu Folge wurden die Kläger ihre Forderung zu beweisen, angewiesen.

XXVII. Rechtsfrage.

Kann ein Coadjutor eines römisch-katholischen Bischofs für seine Coadjutur von dem alten Bischofe die Hälfte oder einen Theil von dessen bischöflichen Einkünften verlangen?

Es fällt hiebei sogleich in die Augen, daß ein Unterschied sei 1) zwischen einem Dienste leistenden, eigentlich stellvertretenden, Gehülfen eines Bischofs, und einem keine Dienste leistenden, sondern blos im Voraus zum Nachfolger gewählten Coadjutor; 2) zwischen einem Coadjutor eines Bischofes der blos Bischof, und einem solchen, der zugleich ein Fürst und Regent ist, wegen der gar andern und mehren Geschäfte; 3) zwischen der Einnahme eines Bischofs, die er als Bischof, und der, die er als Fürst und Landesherr hat. Denn wenn der Coadjutor blos die Stelle des Bischofs, nicht aber des Fürsten verträte, so mögte er zwar auf bischöfliche, aber auf fürstliche Einnahme eben so wenig Ansprüche machen können, als auf die Einnahme des Bischofs, von seinen Eigengütern, oder von einem Fürstenthum, das ihm angeboren oder zugestorben wäre.

So

So dienlich die Bemerkung dieser Unterschiede zur Beurtheilung der vorliegenden Frage ist: so nöthig scheint auch die Vorfrage, aus welchen Gesetzen das, was im vorgelegten Falle Rechtens sey, könne entschieden werden. Eigentlich müßten wir die Beantwortung im kanonischen Rechte suchen; finden wir da nichts, so werden wir uns im Staatsrechte, weil die meisten Bischöfe Fürsten sind, umsehen müssen; giebt uns das keine Auskunft, so müssen wir auf Begriffe von Recht und natürlicher Billigkeit kommen, wobei wir denn Rechtsähnlichkeit (analogia iuris), blos zur Erläuterung und Bestätigung oder als Hülfe (in subsidium), brauchen können.

Einiges Licht giebt uns die Geschichte der Coadjutorien von den ältesten Zeiten her; ja die Bemerkung der allmähligen Abweichungen von der ersten Entstehung, Wahl, und dem Stande, Pflichten und Geschäften der Coadjutoren, bringt auf Gedanken, Prüfungen, Beurtheilungen, Entscheidungen unsers Gegenstandes.

Alles, was

Estor, in Diss. de iure episcopi cathol. in Germania.
Kress, in Diss. de regimine episcopali.
Gundling, in Diss. de constitutione episcoporum.

Lancelott, Ziegler, die **Böhmer**, Vater und Sohn, u. a. m. mit Kenntniß der Litteratur und mit Anführung der römisch-katholischen Schriftsteller, darüber sagen, und was auch wohl darüber zu

sagen

sagen ist, bestehet darin: In den ältesten Zeiten bedurfte es keiner Coadjutoren, weil damals ein jeder Priester oder Diener der Kirche, wenn ein Bischof krank war, dessen Stelle vertrat und vertreten konnte.

Erst im dritten Jahrhunderte, ohngefähr um das Jahr nach der Geburt Christi 212, hat nach dem Zeugnisse des Eusebius

in Historia eccl. Lib. VI. cap. 11.

ein Bischof Narcissus einem, Namens Alexander, zum Coadjutor aufgerufen, dem zwar verschiedene nachgefolget sind, als Alexander Alexandrini mit dem Eusebius, Athanasius mit dem Petrus, u. s. w.; welches aber fast immer auf dem Todtenbette, und zu Verhinderung vorhergesehener nachheriger bedenklicher Wahlen geschehen ist. Diese Bestellungen waren aber damals nicht immer mit Hofnung der Nachfolge verbunden, weil damals die Bestellung der Coadjutoren nicht so nöthig war, indem die Bischofspflichten im Verhinderungs- oder Todesfalle zum Theil durch die vorhandene Gesammtheit der Priester, zum Theile durch benachbarte Bischöfe konnte geleistet werden. So war es noch im 9ten Jahrhundert.

Gratianus in C. 4. C. 7. 9. 1.

Hernach wurde die Bestellung eines Coadjutors allemal mit Hofnung der Nachfolge sowohl durch Observanz, als auch von der leidenschen Kirchenversammlung ausdrücklich gebilliget, und in Gemäß-

mäßheit der Concordatorum nationis germanicae und des Instrumenti Pacis, überall eingeführet und ausgeübet.

Ant. Dav. Alteserra, in Diss. iur. Can. Lib. 1. C. 6. p. 21. Concil. Trid. Sess. 25. de reform. c. 7.

Petr. Levrenius, de Vicar. Episcopi. Qu. 313.

Aus dem, was man von dieser umgeänderten in neueren Zeiten eingeführten Art der Coadjutorien weiß, und davon, in Absicht ihres Hauptzweckes urtheilen muß, scheinet es allerdings **dieser** gewesen zu seyn: zu Vermeidung der aus Erledigung des bischöflichen Sitzes nicht selten für die Capitel entstehenden Unannehmlichkeiten, dem noch lebenden Bischofe einen **sichern** künftigen Nachfolger zu geben; denn auch dann wurde oft ein Coadjutor ernannt, wenn der Bischof weder alt, noch schwach war, ja wenn er selbst es nicht wünschte.

S. Levrenius de Viear. episc. Qu. 363. n. 2.

Es war also die Absicht, eine **Vacanz**, die der Kirche leicht schädlich werden könnte, zu verhüten, welche die gewöhnliche Art der Coadjutoriewahlen mit ihren gewöhnlichen Folgen leitete, **nicht aber** Beihülfe oder **gänzliche Uebernahme** der bischöflichen Amtsgeschäfte, und der Regierung den Coadjutoren aufzulegen.

Wenn also der oben angeführte Levrenius und J. H. Böhmer in iure eccl. T. II. Lib. III. Tit. VI. §. 23. nr. 2. sagen:

Ta-

* Talem electionem *non verti in Episcopi regentis praeiudicium*, vtpote de cuius futuro tantum successore agitur, et quamuis Coadiutoris nomen gerat, vix tamen est vt ei in Episcopatu regendo assistat, cum primario in hunc finem haud sit datus:

so folgt hieraus, wie auch die Natur der Sache ergiebt, die Wahl eines **gewöhnlichen** Coadjutors, der unbelästigt, unbeschäftigt bleibt, und **bloß** zum Nachfolger des regierenden Bischofes gesetzet wird, ohne Nachtheil des regierenden Bischofs geschehen muß; daß dieß aber auf keine Weise anwendbar ist auf den **ungewöhnlichen** Fall, wenn ein Coadjutor, **aus höchster Noth**, zum **gleich** eintretenden **Besten** der Kirche und des Landes, selbst nach dem dringenden Wunsche und Begehren eines äusserst kranken und schwachen Fürsten wie auch dessen Familie, gewählet wird, und dieser Erwählte **nicht sowohl** vom Anfange an, da er Coadjutor wird, und Beihülfe und Beirath zu ertheilen hat, **sondern vielmehr** vom Tage der Wahl an, die Regierungslast **ganz allein**, und auch viele unzertrennlich damit verknüpfte große Ausgaben zu übernehmen und noch immer fortzusetzen **gezwungen gewesen ist.**

Wenn also ein Coadjutor eines Bischofes wirklich alle dessen bischöfliche Geschäfte versehen, und auch dabei viele Ausgaben bestreiten muß: so leidet es keinen Zweifel, wenn er nicht Verzicht

zicht gethan hat auf eine Vergütung dafür, oder sich nicht blos auf Hofnung der Nachfolge hat wählen lassen, daß ihm wie dem Adjunctus eines jeden andern zu Amtsgeschäften unfähig gewordenen Geistlichen, die Hälfte oder ein Drittel der bischöflichen Einnahme gebührt. Worin die besteht, ist leicht auszumachen, wenn der Bischof blos Bischof, nicht aber, wenn er Landesfürst zugleich ist. In dem leztern Falle, würde, wenn der Coadjutor blos die bischöfliche päbstliche Geschäfte versähe, und also blos auf die Hälfte der geistlichen Einkünfte des Bischofs als Bischofs Anspruch machen könnte, sehr oft schwer auszumachen seyn, wie hoch sich die beliefen. Versieht aber der Coadjutor eines kranken Bischofs und Landesherrn alle bischöflichen und fürstlichen Geschäfte, so ist diese Unterscheidung nicht nöthig, obgleich in diesem Falle, weil doch der Hofstaat muß erhalten werden, und die Ausgaben fast alle dem alten Fürsten bleiben, nur auf einen, nach Billigkeit festzusetzenden Theil der Einnahme, nicht auf die Hälfte, auch nicht auf ein Drittel der Einnahme Anspruch zu machen ist.

Weil aber die geschriebenen Gesetze überhaupt den hier vorgelegten Fall gar nicht berühren; so bleibt nichts anders übrig, als ihn nach natürlicher Billigkeit zu entscheiden. Diese aber findet hier leicht einen gewissen Grund, weil **bei allen Substitutions-Fällen**, indem der Substitutus Lasten übernimmt, die Substitutio **durchaus so** geschehen muß, daß **beiden Personen**,

so-

sowohl dem Emerito als dem Substituto eine angemessene Subsistenz-Einnahme zugetheilet werde,

I. H. Boehmer l. c. §. 25. nr. 10.

gleichwie denn auch jeder beauftragte und Geschäftsführer eine angemessene Vergütung seiner Mühe mit Recht verlangen kann.

XXVIII. Rechtsfrage.

Kann ein Accisepächter die auf ausländischen Brantewein gesetzte Accise auf einländischen Brantewein, mit Einwilligung der Branteweinseller, vertheilen und mit ihnen verabreden, daß, wenn auf jedes Faß ausländischen Brantewein, z. B. 2 Rthlr. gesetzt sind, durchgehends von aus- und einländischen Brantwein ein Rthlr. gegeben werden solle? oder haben die Branteweins-Brenner dann ein Recht zu widersprechen?

Der Herr von Dassel zu Hoppensen, erhob Klage über Bürgermeister und Rath der Stadt Dassel, daß er von seinem hier im Lande auf dem adelichen Gute Hoppensen gebraueten Brantewein, auf den doch keine Accise gesetzt sey, Accise fodere. Aber eben deswegen habe der Magistrat von Dassel die Branteweins-Accise, welche auf jedes Faß ausländischen Brantewein zu 2 Rthlr. gesetzt worden, in Pacht genommen, um auf eine ungerechte

Art

Art daran zu gewinnen. Diesen Mißbrauch habe Er bereits der Hochlöblichen Landschaft gemeldet, und sey auch von da bereits ein Abmahnungsschreiben an den Dasselschen Rath abgegangen, worin bezeugt worden, daß es der Landschaft Meinung nie gewesen sey, den inländischen Brantewein mit einer Accise zu belegen. Allein, dieser Warnung ungeachtet, hätte der Dasselsche Rath sein nicht zu rechtfertigendes Verfahren fortgesetzt. Da er nun, (Implorant) diese offenbare Schmählerung unmöglich länger nachsehen könne; das Verfahren des städtischen Raths auch gar nicht zu rechtfertigen sey: so bäte er, den Angeschuldigten schlichthin zu verbieten, die auf ausländischen Brantewein gesetzte Accise von dem inländischen zu fodern, welchen er auf seinem Gute Hoppensen brennen ließe, selbige auch zu Erstattung alles verursachten Schadens und der Kosten schuldig zu erkennen, und diesen Befehl an das Fürstliche Amt Hunnesrück mit der Weisung zu schicken, solchen den in Dassel wohnenden Branteweinssellern bekannt zu machen, damit diese durch der Angeschuldigten ungerechtes Anmuthen nicht abgehalten würden, von dem Anschuldiger (Imploranten) Brantewein zu nehmen.

Hierauf wurde sogleich dem Dasselschen Rathe durch einen Befehl bei 5 Gold-Fl. Strafe angedeutet, von dem zu Hoppensen gebraueten Branteweine, die auf den ausländischen gesetzte Accise nicht zu fodern, auch die Einfuhr des erstern in die Stadt auf keine Weise zu hindern.

Nr.

Nr. Act. 1. 2.

In der darauf von Seiten des Raths eingereichten Vernehmlassung wurde angeführt, die Branteweins-Seller dasigen Orts hätten dem Rathe beschwerend angezeigt, daß die auf ausländischen Brantewein, für jedes Faß 2 Rthlr. angesetzte Accise zu hoch sey, und den Rath gebeten, zu Aufrechthaltung ihrer bürgerlichen Nahrung, ein Mittel zu treffen.

Man hätte ihnen daher aufgegeben, selbst einen Vorschlag zu thun. Dieser wäre dahin ausgefallen, daß sie von jedem Fasse Brantewein, es möge in- oder ausländischer seyn, 1 Rthlr., statt der sonst von jedem Fasse ausländischen Branteweins gekommenen 2 Rthlr., geben wollten. Dies sey von dem Rathe angenommen, und so dieser Vergleich durch der Seller eigene Unterschrift bestätigt worden.

Man habe diesen Vertrag den Branteweinssellern weder aufgedrungen, noch hinge solcher mit dem Vortheile des Raths zusammen. Bürgermeister und Rath der Stadt Dassel bäten daher, sie von der Klage zu entbinden, und ihren Anschuldiger in die Kosten zu verurtheilen.

Nr. Act. 2.

In der Erwiederungsschrift wird dem angeblichen Vertrage zwischen dem beklagten Rathe und den Dasselschen Branteweinssellern widersprochen

und angeführt, daß ersterer selbst von jedem Fasse Hoppensenschen Branteweins 2 Rthlr. verlangte; daß sich vielmehr die Branteweinsseller dem Ansinnen des Raths bis diese Stunde widersetzten, und die angemuthete Accise nicht entrichten wollten. Der Herr von Dassel bat also inzwischen um eine Verfügung, daß imploratischer Rath während dieses Processes die Accise von dem zu Hoppensen gebrannten Branteweine fürerst nicht fodern dürfe, alsdenn aber nach beendigter Sache vollen Gehorsam leisten soll, in Gefolg des Befehls vom 16ten Sept. v. J.

Die Sache wurde hierauf am 3ten Februar d. J. für beschlossen angenommen und zum Spruche ausgestellet.

Darauf reichte der in Anspruch genommene Rath der Hofgerichtsordnung in dieser Sache, als einer Mandats-Sache zuwider, eine zweite Antwortsschrift ein, worin er behauptete, daß der besagte Vertrag ein freiwilliger Vertrag sey, den die Dasselschen Branteweinsseller mit ihm eingegangen wären, welcher daher alle verbindliche Kraft habe. Gleichwohl wurde eingeräumt, daß nicht Alle, sondern nur Einige derselben, sich zu Haltung dieses Vertrages verbindlich gemacht hätten.

Erachten.

Beide Theile haben noch keine legitimirte Anwälde zur gerichtlichen Verhandlung bestellet. Dies ist ihnen also bei Strafe der Ordnung aufzugeben.

Was die Sache selbst betrift, hat es zwar einigen Anschein, als ob der belangte Stadtrath die Befugniß habe, statt der von jedem Fasse ausländischen Branteweins zu entrichtenden zwei Thaler Accise, durchgehends von jedem Fasse, es sey hiesiger oder ausländischer Brantewein, 1 Rthlr. Accise zu erheben, und desfalls die behufige Verordnung ergehen zu lassen:

1) weil ein jeder Magistrat die Befugniß hat, dergleichen Verordnungen, welche zum Besten der Bürger abzielen und den Wohlstand derselben beabsichtigen, unter gehörigen Erfordernissen, festzustellen;

2) weil wenigstens diejenigen Branteweinsseller, die sich durch einen Vertrag zu Beobachtung jener Verfügung anheischig gemacht haben, zu genauer Haltung derselben verbunden sind, weil Verträge müssen gehalten werden, und eine Uebereinkunft zum Gesetze machen;

3) auch weil einem Pächter den Rechten nach allzeit frei steht, die gepachtete Sache, so gut und vortheilhaft als er kann und will, zu nutzen;

4) weil dem Herrn Kläger die Verordnungen und Verträge, die Andere betreffen, an und für sich nichts angehen, so daß derselbe die Aufhebung derselben auf keine Weise verlangen kann.

Weil aber dennoch

1) Dassel, als eine Landstadt, überall keine gesetzgebende Gewalt hat, sondern die Verord-

nungen derselben, durch die Einwilligung der ganzen Bürgerschaft, und durch hinzukommende landesherrliche Bestätigung erst Verbindlichkeit erhalten, und also die hier zur Sprache gekommene, sogar genau bestimmte Landessteuern, betreffende einseitige städtische Verfügung um so weniger als verbindend gelten kann, weil die Abänderung der im ganzen Lande festgesetzten Steuern nicht von dem Entschluß einer einzelnen moralischen Person, sondern vielmehr von dem ganzen Lande und der damit verknüpften gesetzgebenden Gewalt, allein abhängt: so kann der belangte Rath der Stadt Dassel sich nicht anmaßen, mit Abschaffung allgemeiner gebietender und verbietender Gesetze, der wegen Erhebung der Branteweins-Accise festgesetzten Landesordnung eine andere Gestalt zu geben, und nach Gefallen umzuändern.

2) Ein zwischen dem Rathe und einzelnen Mitgliedern einer Bürgerschaft errichteter Vertrag kann eben so wenig dergleichen Würkung haben, zumal, wenn solches (wie denn im gegenwärtigen Falle offenbar ist) zum Nachtheile eines Dritten gereicht, indem, wenn es gleich Regel ist, daß Verträge müssen gehalten werden, dennoch dies nur von denen Verträgen zu verstehen ist, welche keinem Gesetze entgegenstehen, oder, wie es im Codex heißt: quae saluis legibus absolute talibus iniuntur, nam, his obstantibus, pacta sunt ipso iure nulla, et in dubitati iuris est, quod pacta, quae contra leges constitutionesque fiunt, nullam vim habeant,

L. 6. C. de pact.

Ueber-

Ueberhaupt aber ist hier auch der angerühmte Vertrag würklich über eine fremde Sache getroffen, welches die Gesetze auf alle Weise mißbilligen.

Cf. *Stryk* ad *Lauterbach* ad tit. ff. de pact. p. 105.

Ein solcher Vertrag kann auch durch die Genehmigung der Belangten, als der Ortsoberkeit, keine mehrere Gültigkeit erhalten, weil er zum Nachtheil eines Dritten wo nicht abzwecket, doch gereicht, und eine oberliche Genehmigung zum Nachtheil eines Dritten gar keine Kraft hat.

Stephan. Gratian. Discept. for. T. 5. C. 957. n. 18.

3) Wenn also gleich einem Pächter unbenommen ist, die Pachtung aufs beßte zu nutzen: so ist es doch zu bekannt, daß die Nutzung einer Sache nie das Maaß dessen, was gestattet ist, überschreiten darf. Wenn also im vorliegenden Falle die Benutzung der Sache in der Erhebung der Accise von ausländischem Branteweine lediglich bestehen darf: so leuchtet es ein, daß die Pachtung der Branteweinsaccise, wenn die Pächter die Accise mit auf den inländischen Brantewein verlegen und nach Gutdünken vertheilen, offenbar gegen die Absicht dessen, der sie ihnen hat zukommen lassen, mißbraucht wird.

4) Endlich leidet es auch nicht den geringsten Zweifel, da Verträge unter Andern allzeit unbeschadet des Rechts eines Dritten verstanden werden, daß auch derjenige, dem durch Verträge Nachtheil zugefügt worden, mit Rechts-Grunde denselben widersprechen, und sie unkräftig machen kann.

kann. Daher ist es, nach allem Vorangesetzten, ausgemacht, daß das Verfahren des belangten Raths auf keine Weise zu rechtfertigen steht. Aber ein factum nullo iure iustificabile erheischt nach hiesiger Hofgerichts-Ordnung

Tit. XXVII. §. 2.

nicht nur ein Mandatum poenale sine Clausula, sondern ziehet auch

§. 6. eod.

die Erstattung aller dem Kläger verursachten Schaden und Kosten nach sich. Daher wird im Urthel zu erkennen seyn.

Urthel.

In Sachen des Ritterschaftlichen Deputati von Dassel zu Hoppensen, Imploranten, gegen Burgermeister und Rath der Stadt Dassel, wird zuvor beiden Theilen, bei 2 Gold-Fl. Strafe aufgegeben, binnen 14 Tagen, genugsam bevollmächtigte Procuratores, sub expressa ratihabitione retro Actorum, ad Acta zu bestellen, und demnächst aus den für beschlossen angenommenen Acten zu Recht erkannt:

daß imploratischer Rath auf keine Weise befugt gewesen, die auf ausländischen Brantewein allein gesetzte Accise weder durch unschickliche Verordnungen, noch durch ungültige Verträge mit den städtischen Branteweinssellern, mit auf

auf inländischen Brantewein zu verlegen und zu vertheilen, wie denn die beregte, wider die Landesordnungen offenbar anstoßende Verfügung, und jener zum Nachtheile dritter Personen abzweckende Vertrag hiedurch vernichtet und aufgehoben, imploratischen Rathe auch besonders, bei 10 Gfl. unnachläßlicher Strafe sowohl anbefohlen wird, von dem Branteweine, welchen Implorant auf seinem in hiesigem Lande belegenen Gute Hoppensen brennen läßt, auf keine Weise ferner zu fordern, auch dessen Einfuhr in die Stadt auf keine Art zu erschweren, als auch selbiger hiemit schuldig erkannt wird, dem Imploranten alle durch diesen Proceß und sonst durch jene nicht zu rechtfertigende Anmuthung verursachte Kosten und Schaden, nach deren vorgegangener Angabe und richterlicher Ermäßigung, zu erstatten.

XXIX. Rechtsfrage.

Kann ein vorgeblich zugesagter Mäklerlohn (Proxeneticum) gefodert werden, wenn eine auf das Geschäft zunächst sich beziehende Ursache nicht anzugeben stehet? und ist ein über eine solche Zusage zugeschobener Eid zuzulassen?

§. 1.

Der Jude Jüdel zu Peine gab vor, er habe dem dortigen Müller Block, nach einem Auftrage desselben die Pacht der Burgmühle von der Hildesheimschen Hofkammer verschaft, und dieser habe ihn dafür, wenn er sie ihm verschafte, sein Wohnhaus versprochen. Er schiebt darüber, daß dies geschehen sey, dem Müller Block den Eid zu. Block leugnet das Vorgeben des Juden völlig ab, und glaubt auch nicht schuldig zu seyn, sich auf den unnützen Eid zu erklären.

§. 2.

Hier hat es das Ansehen, daß der Burgmüller sich über den von dem Juden ihm zugeschobenen Eid "ob er ihm nicht das Haus für Verschaffung der Kammermühlen-Pacht versprochen habe?" erklären müsse, da die Eideszuschie-

bung überall ein zulässiges Beweismittel ist, welches im Anfange, in der Mitte, und am Ende eines Processes, den Rechten nach zur Hand genommen werden kann,

L. 12. pr. D. de reb. cred.

dies sagt auch die Hochfürstliche Hofgerichtsordnung

Tit. XXXIII. §. 1.

in den Worten:

"Es soll einem jeglichen Theile frei stehen,
„dem Gegentheile die Klage ins Gewissen
„zu schieben, und das Iuramentum judiciale,
„ciale, obgleich der Deferens keine Prä-
„sumtion, noch einigen Beweis vor sich
„hätte, zu deferiren."

§. 3.

Es muß aber vor Erkennung eines Eides, allzeit erst die Wichtigkeit desselben vom Richter untersucht werden, um vergebliche Eide möglichst zu verhüten. Der Jude hatte gar keine auf das Geschäft sich zunächst beziehende Ursache anzugeben gewußt, wodurch er dem Block die Mühlenpacht verschaft habe; er hatte, als Jude, weder vorzüglich, noch beiläufig etwas dazu beitragen können, die Kammer zu bewegen, die Mühle dem Beklagten zu ertheilen; es war selbst ein Rescript des Fürsten beigebracht, welches ergab, daß solches nicht geschehen sey; und der Jude war, wegen seiner Kunkelfusen, die er gespielt hatte, schon bestraft; es mußte also, da die Ursache wegfiel, nothwendig die Wirkung davon, als in diesem Falle der angestellte Proceß, wegfallen.

len. Die Abschwörung des zugeschobenen Eides, über des Klägers ganz nichtigen Klaggrund würde ganz unnütz und vergeblich seyn. Daraus erhellet aber nicht allein, wie wenig dieser Eid auf sich haben würde, sondern auch überhaupt aus der Handlung selbst, daß der Kläger bei dem Versprechen, er wolle dem Beklagten die Mühlenpacht von der Kammer verschaffen, offenbar hinterlistig handelte, weil er nur zu wohl wissen mußte, daß er nicht vermögend wäre, solches auszurichten, daher konnte auch schon aus diesem Grunde das angeblich vorher gegangen seyn sollende negotium inter partes, aus welchem Kläger seinen Klaggrund herleitete, wegen arger List an seiner Seite, wodurch es an und für sich unrechtmäßig war, auf keine Weise bestehen. Ueber ein solches negotium vitiosum kann daher kein Eid zugeschoben, noch Beklagter schuldig erklärt werden, sich über solchen zu erklären.

Das Hofgericht erkannte deswegen:

"daß Beklagter, rücksichtlich des von dem Klä-
„ger geforderten Hauses, als eines angeblich
„versprochenen Proxenetici für angebliche
„Verschaffung der Burgmühlenpachtung,
„nicht allein von dem ihm darüber deferir-
„ten Judicialeid, sondern auch von der
„Klage selbst gänzlich zu entbinden, der
„Kläger aber dagegen selbigem alle auf
„den Proceß verwandte Kosten, praeuia
„earum designatione et moderatione
„iudiciali zu erstatten schuldig sey."

XXX.

XXX. Rechtsfrage.

Wann ist ein, selbst gerichtlich vollzogener Vergleich in klaren Beerbungsfällen, aufzuheben, und dagegen Wiedereinsetzung in vorigen Stand zu ertheilen?

§. 1.

Nach Absterben der Marie Magdalene Schrader zu Dinklar, kam ihr Stiefvater Christian Sievers in den Besitz ihres nachgelassenen Hofes sammt Zubehör. Leinemann in Farmsen kam darauf, durch ein Einsetzungs-Erkenntniß des Amtes Steuerwald, und Albert Schrader, durch einen Vergleich, zum Besitze dieser Güter. Weil sich aber inzwischen mehrere natürliche Erben zu dem Nachlasse der M. M. Schrader einfanden, so gab es Wortwechsel zwischen diesen und den Besitzern dieser Güter. Erstere ließen sich indessen von leztren abfinden, unter welcher Zahl auch Jürgen Riefenberg zu Dinklar war.

Kurz nachher meldete sich dieser Riefenberg mit einer Vernichtigungs- und Nichtigkeitsklage, wobei er sich von den übrigen natürlichen Erben, die in gleichem Grade mit ihm standen, ihre Rechte

Rechte hatte abtreten lassen. Seine Klage war mit einem Stammbaume unterstützt, welcher zeigte, daß er, und die Abtretenden mit der verstorbenen Erblasserin im 4ten Grade, die Beklagte aber nur im 5ten Grade verwandt gewesen sey. In dieser Voraussetzung, der bei ihm und den ihm Rechte ihm Abtretenden offenbar in näherem Grade vorhandenen Verwandschaft, setzte er den bisherigen gerichtlichen Verfügungen in der Erbschaftssache der Marie Magdalene Schrader, wie auch den eingegangenen Vergleichen, die Einreden der Richtigkeit, arger List, des Irrthums und der Unwissenheit entgegen, und bäte zum Ueberfluß dagegen Wiedereinsetzung in vorigen Stand, demnächst aber die Herausgabe der Schraderschen Nachlassenschaft mit dem davon gezogenen und zu ziehenden Nutzen nebst dem Kostenersatze.

Die Beklagten beriefen sich dagegen blos auf den Vergleich.

§. 2.

Nun scheint es zwar, als ob der Kläger mit seiner Klage abzuweisen gewesen wäre, weil ihm das in der Sache ergangene rechtskräftige Verfahren des Fürstlichen Amtes sowohl, als die mit dem Beklagten eingegangenen Vergleiche entgegenstanden, und weil solche Verträge von so unauflöslicher Verbindlichkeit sind, daß ihnen die Gesetze sogar vim rei iudicatae beilegen,

L. 20. C. de Transact.

diese Vergleiche scheinen auch den Kläger und die, welche ihm ihre Rechte abgetreten haben, um so

mehr

mehr hier zu binden, da sie sich meistentheils auf abgehaltene Amts-Protocolle stützen.

§. 3.

Allein es ist ein bekannter Rechtsgrundsatz, daß ein jeder Vertrag eine zweifelhafte Sache voraussetzt,

Sec L. 1. ff. de Transact.

und daß dies Daseyn einer zweifelhaften Sache zu dem wesentlichen eines jeden Vergleichs gehört. Nam transactio super re clara facta, intelligitur ex turpi causa facta, estque inualida,

Mantic. de tac. Convent. P. 2. L. 26. Tit. 1.
Brunnemann, ad L. 65. §. 1. ff. de Condict. indeb. n. 7. et 11. ibique cit.

et ad reddendam transactionem inualidam sufficit, quod nulla potuerit esse lis.

Cothmann, Vol. III. Resp. 50. n. 144.

Nun hatte aber hier, bei Treffung der Vergleiche, gar keine irgend zweifelhafte Sache vorgelegen. Denn der Stammbaum bewies klar, und die Beklagten konnten es auch nicht widersprechen, daß die letztern von der Verstorbenen, der Verwandschaft nach, im 5ten Grade, dagegen der Kläger und diejenigen natürlichen Erben, von welchen er sich ihre Rechte hatte abtreten lassen, nur im 4ten Grade waren entfernt gewesen, so daß diese offenbar um einen Grad näher waren. Nun aber ist es bekannt genug, daß in Ermangelung von Erben in absteigender und aufsteigender Linie, die

die Seitenverwandte den Graden der Verwandschaft nachfolgen.

Nov. 118.

J. H. Boehmer, in Introd. in Ius Digest. Lib. XXXVIII. Tit. 18. §. 10.

§. 4.

In Gefolg dessen, daß die nähern Erben immer die entferntern, den Rechten nach, unleugbar ausschließen, schlossen der Kläger und die ihm ihre Rechte abtraten, die Beklagten von der besagten Erbschaft ohne allem Zweifel aus. Die von den Beklagten angeführten Vergleiche erschienen daher als null und nichtig; um so mehr, und der Billigkeit ganz angemessen, da die Acten zeigen, daß sich die Beklagten fälschlich für die nächsten natürlichen Erben der Erblasserin ausgegeben haben; daß die von dem Fürstlichen Amte Steurwald gemachten Verfügungen durch falsche Angaben erschlichen waren; und daß sie sich also arge List und Gefehrde hatten zu Schulden kommen lassen.

Im Gegentheile mußte den Kläger, und die, welche ihm ihre Rechte abtraten, der auf ihrer Seite vorhanden gewesene Irrthum schützen, und ihnen, als Bauern, denen nicht zu verargen ist, wenn sie die Gesetze nicht wissen, die gebetene Wiedereinsetzung in vorigen Stand, wegen eines unschuldigen Irrthums, dem Rechte und der Billigkeit gemäß, angedeihen.

Es folgte also daraus ganz deutlich, daß die in der Sache vom Amte für die Beklagten erkannte

kannte Besitzhaltung, wie auch die eingegangenen Vergleiche aufzuheben, und, weil diese aus Irrthum eingegangen waren, der Kläger in vorigen Stand zu setzen, und für den nächsten natürlichen Erben der Marie Magdalene Schrader zu erklären sey, daß folglich die Beklagten dem Kläger die ganze Erbschaft herauszugeben verbunden waren, und zwar, weil diese ohne allem rechtlichen Grund dieselbe besessen, also offenbar arglistig gehandelt hatten, mit allem davon erhobenen und noch zu erhebenden Nutzen; so wie sie auch, weil sie wahrheitswidrig, sich für die nächsten natürlichen Erben ausgegeben, und dadurch allein den Proceß veranlaßt hatten, die Kosten des Processes zu ersetzen, schuldig erkannt werden mußten.

Also wurde vom hochfürstlichen Hofgerichte, auf meinen Vortrag, erkannt.

XXXI. Rechtsfrage.

Ist ein Pfandgläubiger (Creditor antichreticus) schuldig, sich auf eine von seinem Schuldner ihm gemachte Berechnung des von dem ihm Versetzten gezogenen Nutzens einzulassen?

Diese sehr streitige Rechtsfrage wird von Einigen geradezu bejahet, diese beziehen sich dabei 1) auf L. 1. C. de pignorat. act. wo es heißt:

"ex pignore percepti fructus, imputantur in debitum, qui, si sufficiunt, ad „totum debitum, solvitur actio et redditur pignus; si debitum excedunt, „qui supererunt redduntur, videlicet „mota actione pignoratitia.

2) Auf L. 3. C. eodem, welcher verordnet:

„Creditor, qui praedium pignori sibi „nexum detinuit, fructus quos percepit, vel percipere debuit, in rationem „exonerandi debiti computare necesse „habet" und

3) endlich auf die Zeugnisse bewährter Rechtslehrer, z. B.

G.

G. L. Menken in diss. Nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tollerandum und

Eisenhardt in diss. de rat. fructuum in pacto antichret. percip. und a. m.

So deutlich indessen diese Rechtsgründe dafür zu seyn scheinen, und so groß das Ansehn der Rechtsgelehrten, die sich dafür erklären, auch immer ist; so kann dennoch diese Frage wohl nicht anders als mit Unterscheidung einer stillschweigenden und einer ausdrücklichen Verpfändung beantwortet werden.

Unter einer stillschweigenden Verpfändung (*antichresis tacita*) versteht man nach Stryks Worten, wenn ein Schuldner einem Gläubiger, zur Sicherheit für das Geliehene, eine nutzbare Sache zum Pfande gegeben hat, ohne sich den Ertrag vorzubehalten.

in U. M. ff. L. XIII. tit. VII. §. VI.

"Si debitor creditori in securitatem cre-„diti rem frugi feram pignore dederit „absque fructuum reservatione,"

und unter einer ausdrücklichen Verpfändung (*antichresis expressa*) wenn das geschehen ist mit ausdrücklicher Zuschreibung des Ertrags statt der Zinsen.

"Si hoc sit factum cum determinatione et assignatione fructuum loco usurarum.

In der **Erstern** scheinet die stillschweigende Verabredung enthalten zu seyn, daß der Gläubiger die ihm versetzte nutzbare Sache so lange ge-

geniessen solle, bis das Darlehn ihm wieder bezahlet worden. Da nun, wenn keine Zinsen bestimmt sind, solche jedesmal nach dem Reichsüblichen Fuß zu 5 p. C. bekanntermassen berechnet werden müssen; bei einer stillschweigenden Verabredung dieser Art nach dem

L. 8. ff. in quibus Causis pign. tacit. contrah.

auch nur gesetzmäßige Zinsen bewilligt sind; folglich sodann nothwendig eine Berechnung für die Zinsen eintreten muß, wenn behauptet wird, daß höhere Zinsen gehoben seyn: so wäre auf diesen Fall die vorgelegte Frage wohl nicht anders als zu bejahen und die dafür angezogenen gesetzlichen Gründe in Anwendung zu bringen.

Stryck in U. M. ff. l. c.

Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn die Rede von einer ausdrücklichen Verpfändung (antichresis expressa) seyn sollte, wo der Schuldner die von seinem freien Willen abhängende Benutzung eines Grundstückes seinem Schuldner statt der Zinsen Stilo ferreo überläßt. Hier kann man die vorgelegte Frage nicht anders als verneinen, da

L. 17. C. de usuris.

deutlich enthält:

"Si ea lege possessionem mater tua apud
„creditorem suum obligavit, ut fructus
„in vicem usurarum consequeretur, ob-
„tenta maioris percepti emolumenti
„propter incertum fructuum eventum
„rescindi placita non possunt.

Stryk

Stryk in U. M. ff. l. c. §. V.

So deutlich nun auch immer dieses Gesetz für die bejahende Meinung spricht, so fehlt es auch hier dennoch nicht an Widersachern. Diese behaupten nemlich, der Gesetzgeber habe in diesem L. 17. c. l. alle und jede, welchen Früchte statt der Zinsen angethan worden, von aller Berechnung in jedem Falle freigesprochen, weil die Aufkünfte jedesmal ungewiß wären, und sowohl den erlaubten Zins nicht erreichen, als denselben übersteigen könnten, wie z. B.

Kemmerich de credit. antichret. rationes non reddente C. 1. §. 10. 13.

Topp de distinctione inter fructus certos et incertos in pacto antichret. iure rom. non fundata. §. 16.

Doch hat diesen

v. *Pufendorff* in Observ. I. U. Tom. II. obs. LXXVI. und

Struben in seinen rechtl. Bedenken Th. 2. B. 69.

sehr gründlich entgegnet. Beide sehr bewährte Rechtslehrer erklären nemlich das vorgedachte Gesetz dahin: daß in solchen Fällen die statt Zinsen genossenen Früchte billig mit Einrechnung glücklicher und unglücklicher Jahre, gegen einander in Anschlag gebracht werden müßten, und daß alsdann, wenn mit besonderer Rücksicht auf die Zeit des Contractes kein übermässiger Zinsüberschuß sich ergäbe, die von dem Pfandgläubiger gefoderte Einlassung auf eine Liquidation als unstatthaft zu verwerfen sey, wie auch hier in Appellatorio reformatorie geschehen, da

ein Gutsherr von vieren seiner Meyer, von jedem 400 Rthlr. geliehen und ihnen dafür die jährl. zu entrichtenden Meyerzinsen ad 20 Himpten Roggen, 20 Himpten Gerste, und 24 Himpten Hafer, statt der Zinsen, inne zu behalten, angewiesen hatten, welche nach einem von leztern beigebrachten sehr gründlichen ökonomischen Gutachten, ein Jahr gegen das andere gerechnet, stilo ferreo, et deductis deducendis, nicht höher als zu 10 Rthlr. 21 Gr. in Anschlag zu bringen gewesen, mithin dem erlaubten Zins nicht einmal gleichgekommen waren.

XXXII. Rechtsfrage.

Wann findet der Kostenersatz bei dem Siege im Besitzstande allerdings Statt?

§. 1.

In Sachen des Müllers W. zur Blankenmühle, wider den Ackermann J. und Kothsassen W. zu Großen-Mahner, war bei dem Hofgerichte erkannt:

> daß ersterer für sich und seine Mahlgäste bei dem erwiesenen Besitzstande, sich des von der Salzliebenhallischen Heerstraße ab, über des letztern Land zur Blankenmühle führenden Weges zur Mühlenfuhr zu bedienen, zu schützen, diese auch die neuerdings zur Hinderung des Weges qu. angelegte Schlagbäume wieder fortzuräumen schuldig, **die beiderseits aufgegangenen Kosten aber zu compensiren seyn.**

Dieses Urthel wurde durch einen von der Juristenfacultät zu Jena eingeholten Spruch am 3ten Febr. 1797. bestätigt, und der Ackermann J. und Kothsasse W. auch in die Kosten der neuern Instanz verurtheilt.

§. 2.

Dawider wandten diese querelam nullitatis cum beneficio restitutionis in integrum ein.

Ihre Beschwerden waren:

1) daß es, soviel den Kostenpunkt angehe, bei dem vorigen Erkenntnisse vom 1ten Febr. 1796., der Leuterung ungeachtet, gelassen,

2) daß die Kosten der letztern Instanz ebenmäßig compensirt wären.

Die Erheblichkeit dieser Beschwerden, meinten die Beklagten, leuchte aus dem Gange des Processes, und hiesiger Hofgerichtsordnung hervor, nach welcher der Unterliegende der Regel nach soll verurtheilt werden, dem Gewinnenden die Proceßkosten zu erstatten, und es solle nur in sehr zweifelhaften Fällen eine Ausnahme von der Regel gemacht und die Kosten gegen einander aufgerufen werden.

Daß Appellaten bei dem Unterrichter ein günstiges Erkenntniß für sich hätten, relevire nichts, da der Fall in den Gesetzen nicht ausgenommen sey; zudem könne daraus nicht hergeleitet werden, daß dieser Rechtsfall sehr zweifelhaft gewesen, vielmehr ergäben die Acten, daß diese unterrichterliche Entscheidung, durch ein tumultuarisches, der Proceßordnung zuwiderlaufendes nichtiges Verfahren veranlaßt worden sey.

Dieser Grund hätte sich auch höchstens bis auf das erste Erkenntniß in appellatorio erstrecken können, und es könne nie ein Grund seyn, in dessen Rücksicht auch die Kosten der übrigen Instanzen, und besonders die des kostbaren Beweises und Gegenbeweises, der völlig nachtheilig

lig für die Appellaten ausgefallen wäre, compensirt werden könnten. —

§. 3.

Es hatte nun zwar Anschein, als wenn des Querulanten Beschwerden gegründet, also das vorige Universitätsurthel in der angefochtenen Stelle zu reformiren sey. Denn es ist offenbar hart, bei völlig errungenem Besitzstande, die in der Sache angewandten, hier schwer gewesenen Kosten zu verlieren. Zudem will die Hildesheimsche Hofgerichtsordnung, daß *regulariter* der Succumbent condemnirt werden soll, dem Triumphanten die Proceßkosten zu erstatten, und daß nur in **sehr zweifelhaften Fällen** eine Ausnahme von der Regel Platz nehmen soll. Hiermit harmoniren auch ganz die Justinianischen Gesetze; denn

in L. 1. de poen. temere litigant.

wird verordnet:

> quod pro veteris calumniae actione — introductum sit — vt improbus litigator et damnum et impensas litis inferre aduersario suo cogatur.

Das canonische Gesetz stimmt damit überein:

c. 10. X. de poen. Lib. V. Decret. Tit. 37.

> calumniam et audaciam temere litigantium condemnando in expensas et alio multiplici remedio sanctio imperialis compescit; quoniam igitur sacris institutis consonare dignoscitur, praecipimus,

vt

> vt de cetero in caussis pecuniariis victus victori in expensas condemnetur,

und

C. 5. X. de dolo et contumacia Lib. II. Tit. 14. Decretal.

> praesenti Decreto statuimus, vt si — exceptiones — per excogitatam malitiam opponuntur, ad soluendas alteri parti modicas expensas — condemnetur.

cf. L. 4. C. de fruct. ex lit. expens. L. 6. C. de administr. tutor.

Dazu kann der Umstand, daß Appellaten bei dem Richter erster Instanz ein günstiges Urthel erhalten hatten, für sie nichts wirken, denn es schreibt die hiesige Hofgerichtsordnung

Tit. XXXIII. §. 2.

ausdrücklich vor: daß darauf keine Rücksicht genommen werden solle. — Wenigstens ließ es an, als ob in der letzten Instanz die Kosten hätten zugesprochen werden müssen, da damals wenigstens die Sache nicht mehr zweifelhaft hätte seyn können.

§. 4.

Für die Bestätigung des letzten Erkenntnisses waren aber folgende überwiegende Entscheidungsgründe:

1) Schon nach den Vorschriften des allgemeinen Rechts ist, wenn einer ehrlich zu Werke geht und für sein vermeintes Recht viel Wahrscheinliches vor sich hat, (*iusta et probabilis caussa litigandi*, oder, wie andere

es

es ausdrücken, *bona fides,*) als wahrer Grund der Aufrufung der Proceßkosten anzusehen. Dies fließt auch aus der Natur der Sache ganz klar, da es jedem Pflicht seyn muß, ihm wenigstens erlaubt ist, die richterliche Hülfe, wo er ihrer zu bedürfen glaubt, anzurufen, wenn jemand, in der Ueberzeugung **Recht zu haben,** klagt, oder wider seinen Gegner sich vertheidigt,

L. 7. §. 1. ff. de hered. petit.

nam plane summatim aestimandum iudici concessit, an bona fide imploretur,

L. 6. C. de administr. et periculo tutor.

eben derselbe aber, wenn er gleich sachfällig wird, mit Recht Anspruch auf Kostenvergleichung machen kann, indem, so lange die Parthei, bei gerichtlicher Verhandlung ihrer Sache, sich keines Fehlers, worauf die Gesetze die Verurtheilung in die Proceßkosten gesetzt haben, schuldig macht, es dem Sinne des Gesetzes ganz zuwiderlaufen würde, einen in eine Strafe verurtheilen zu wollen, die er nicht verschuldet hat.

J. F. **Emmerich** über die Proceßkosten, deren Erstattung und Compensation, pag. 57. u. f.

§. 5.

2) Es stimmt damit die Hofgerichtsordnung a. a. O. überein, wenn sie ordnet: "daß „in zweifelhaften Fällen die Kosten des Pro„cesses compensiret werden sollen."

In

In unserm Falle lag aber gewiß Zweifelhaftigkeit der Sache, und Entfernung frevelhaften Streites, dar. Der Vorwirth des Appellaten hatte den streitigen Feldweg von seinem eigenthümlichen Lande liegen gelassen; den Appellaten stand also das Eigenthum des Grundes und Bodens, über welchen der fragliche Weg lief, zu. Es war ihnen also wohl nicht zu verargen, wenn sie, bei der natürlichen Eigenthumsfreiheit sich zu schützen, daß ihnen zum Schaden gereichende Fahren auf ihrem Lande abzustellen, und alles anzuwenden suchten, daß die Absicht des Müllers, einen Mühlenweg für seine Mahlgäste zu erringen, abgewandt, oder doch aufgehalten würde. Hierzu kam noch, daß zwey in erster Instanz eidlich vernommene Zeugen bereits zu ihrem Vortheil ausgesagt hatten: "der fragliche Weg sey „ein Feldweg für die Appellaten, um nach ihrem „Lande zu kommen, nicht aber ein Communica„tionsweg." Hierdurch überkamen sie offenbar Grund und Befugniß, sich im Freiheitsbesitze zu erhalten, und einen Schlagbaum anzulegen, damit sie sich vor Beunruhigungen sicherten, und dazu sich die Erlaubniß zu erwirken, welche der Richter erster Instanz ihnen auch ertheilte. Es war ihnen auch, ohngeachtet der Appellation ihres Gegners, und dessen Behauptung: "er sey im Besitze, sich des fraglichen Mühlenweges zu bedienen, nicht wohl zuzumuthen, gleich dessen Forderung einzugehen, ohne zuvor den gerühmten bessern Beweis darüber zu sehen, und a contrario zu führen. Sie hatten auch wirklich, wegen des nicht ganz unglücklich übernommenen Gegenbewei-

beweises, Vermuthungsgründe genug für sich, um eine Abänderung des ersten Urthels, durch eine nochmalige Ausführung in der Leuterungsinstanz, zu hoffen, weil besonders die von dem einen Zeugen gemachten Protestationen und Gegenerklärungen ihnen so weit zu Statten kommen müssen, daß man sie nicht als temerarios litigatores ansehen konnte, zumahl sie jetzt, nach geendigter Leuterungsinstanz, sich quoad Possessorium gleich gefügt, und zu Anstellung des Petitorii geschritten waren.

Schon werden in einem solchen Falle, wenn in possessorio summariissimo gestritten wird, weil ein solches Erkenntniß mehr interlocutorisch, als für decisiv anzusehen ist, gewöhnlich die Kosten nicht zuerkannt, wie der berühmte

Herr Geheime Justizrath **Pütter** in seinen auserlesenen Rechtsfällen. Ded. 169. n. 14. S. 1056.

gründlich ausgeführt hat.

§. 6.

Die letzten Kosten der Querel, welches Rechtsmittel der Querulant gleichfalls ganz freventlich nicht gewählt hatte, waren hier gleichwohl auch billig zu compensiren.

XXXIII. Rechtsfrage.

Ueber die Anstellung der Special-Inquisition wider einen Schulmeister, welcher wegen Beraubung des Klingebeutels angeklagt war; und, wie weit die Gränzen des inquisitorischen und Anklage-Processes dabei eingreifen?

---

§. 1.

Von der Juristen-Facultät zu D. war in Sachen der Gemeinde B. als Klägerin, wider den dortigen Schulmeister W., welcher angeklagt war, daß er den Klingebeutel bestohlen habe, erkannt:

daß letzterer suspendirt, er über gewisse Artikel verhört, demnächst Zeugenverhör, Confrontation ꝛc. vorgenommen werden solle.

§. 2.

Dieses Urthel änderte das Hildesheimsche Consistorium ab, aus folgenden Gründen:

1) Ein Richter soll bei Erkennung der Special-Inquisition sehr behutsam seyn, und dabei mit

mit höchster Vorsichtigkeit zu Werke gehen, weil dergleichen Inquisition dem ehrlichen Namen des Beklagten sehr nachtheilig ist.

J. S. Boehmer, in iur. crim. Sect. 1. §. 180.

Daher soll er billig nicht anders auf dieselbe erkennen, als bis es höchst gewiß und ausgemacht ist, daß ein ärgerliches Verbrechen würklich begangen sey,

Martini, in Rubr. Ord. Iud. Sax. n. 29.
Mevius, P. VI. Dec. 191. n. 2.
J. S. Boehmer, l. c. §. 167. et 179.

oder bis wenigstens Anzeigen, woraus es zu schliessen ist, unbezweifelt vorhanden sind.

Meister, in Princ. iur. crim. §. 506.

§. 3.

2) In unserm Falle waren aber die von dem Superintendenten W. und der Gemeinde B. gegen den Schulmeister W. in den Acten vorgebrachte Anzeigen, in so fern sie nicht abgeleugnet, mithin für wahr nicht angenommen werden konnten, von der Beschaffenheit nicht, daß daraus auf eine Beraubung des Klingebeutels geschlossen werden konnte. Denn aus den Umständen,

a) daß der Schulmeister nicht gleich nach geschehener Sammlung den Klingebeutel ausgeschüttet, sondern denselben mit dem Gelde hinter den Altar gestellet,

b) daß nachmals die Kirche offen geblieben war, und die Schlüssel zu der Kirche dem Schulmeister erst nachher zugestellt worden,

c) daß dieser den Schlüssel zu dem Armenkasten in seiner Verwahrung gehabt hatte,

d) daß die Quitung des Superintendenten W. über die, Behuf der Schulmeister-Witwenkasse von der Sammlung genommene 6 mgr. erst unter dem 22ten ausgestellt war, da doch diese 6 mgr. bereits am 7ten desselben Monats waren herausgenommen worden,

kann erst dann ein gegründeter Verdacht wegen verübter Beraubung des Klingebeutels gerade gegen den Schulmeister entstehen, wenn das corpus delicti in Richtigkeit gesetzt, nehmlich wenn wirklich **offenbar und erwiesen worden**, daß von dem im Klingebeutel befindlich gewesenen Silbergelde wirklich etwas entwandt sey.

§. 4.

3) Es waren zwar in den Acten noch Beschuldigungen befindlich, die dem Schulmeister mehr zur Last fielen, nämlich:

a) daß bei der von dem Prediger des Orts, G., geschehenen Untersuchung des Armenkastens, dieser, auf dessen Frage: ob kein Silbergeld in dem Klingebeutel gefunden sey? gar nicht geantwortet hatte,

b) daß das Schloß am Armenkasten, Tages darauf so verdorben gewesen, daß er nur mit Gewalt hatte eröfnet werden können:

c) daß der Altarist K. bei der von dem Superintendenten vorgenommenen Untersuchung des Armenkastens, zu demselben gesagt hatte, daß nur 6 gr. an Silbergelde im Klingebeutel vorräthig gewesen wären;

d) daß der Altarist K. sich gegen drei Zeugen erboten, eidlich erhärten zu wollen, daß er nur 6 gr. gesehen;

e) daß eben dieser Mann bei der Ausnahme des Klingebeutels nicht vom Anfange an war zugegen gewesen;

f) daß der Schulmeister den Armenkasten für sich, oder allein ausgenommen hatte;

g) daß derselbe noch am 18ten Jul. 1784., nachdem der Pastor G. den Vorrath des Armenkastens besehen, annoch 3 mgr. an einen Mann, für eine an der Uhr geleistete Arbeit, unter dem Vorwande: es sey von der Sammlung genommen, gegeben hatte:

h) daß er den Altaristen K. hatte überreden wollen, die Sache mit auf sich zu nehmen, mit dem Zusatze: er käme sonst vom Dienste; mit ihm, dem K., habe es aber nichts zu sagen;

i) daß der Schulmeister sich berühmt hatte, er habe einen der Consistorial-Räthe bestochen, und den andern wolle er noch bestechen.

Diese Thatsachen waren aber von dem Angeschuldigten schlechterdings in Abrede gestellt, und waren theils gar nicht, theils nicht auf die Art erwiesen worden, daß ein halber Beweis daraus hervorgieng.

Ueber die beiden leztern sub Lit. h. et i. angeführten Punkte (als über welche Anzeigen von der Gemeinde allein der Beweis angetreten war) hatten die abgehörten Zeugen nicht darüber ausgesagt:

daß sie gehört hätten, der Schulmeister habe zu dem Altaristen K. die sub h. angeführten Worte würklich gesprochen, und sich gegen denselben einer Bestechung des Richters berühmt, sondern nur: daß der Altarist K. den Schulmeister in ihrer Gegenwart **beschuldigt habe**, als habe lezterer zu ihm gesagt: er, der Altarist, müsse ihm, dem Schulmeister, das So nicht in die Schuhe gießen; sonst käme er, Schulmeister, nicht gut weg.

ingleichen:

daß er sich gegen ihn, den Altaristen, einer Bestechung der Herren Consistorialräthe berühmt habe.

Diese

Diese Zeugnisse, hätten sie gleich vollkommen erwiesen, daß von dem Altaristen K. der Schulmeister **beschuldigt** sey, als habe dieser ihn gebeten, ihn nicht unglücklich zu machen, und als habe er sich einer Bestechung der Richter gerühmt, (indem hier **blos die Beschuldigung** erwiesen wäre, nicht aber die Wahrheit dessen, was man **dem Beschuldigten** anschuldigte) ergaben keine solche deutliche Anzeigen, die zur Special-Inquisition hinreichend seyn konnten. Hiezu kam, daß diese Beschuldigung des Altaristen nicht unmittelbar auf die Thatsache der angeschuldigten Beraubung des Klingebeutels gieng, und überhaupt eine solche Beschuldigung nur alsdenn eine richtige Anzeige an die Hand giebt, wenn sie durch den Tod bestätigt ist. Endlich, daß sogar ein außergerichtliches freiwilliges Bekenntniß eines begangenen Verbrechens, nur unter der Einschränkung für eine tüchtige Anzeige kann geachtet werden, wenn sie durch die Aussage zweier ganz unverwerflicher Zeugen bestätigt ist. Und doch greift ein solches eigenes Bekenntniß gewiß viel ein, als eine bloße Beschuldigung.

Meister, in Princ. iur. crim. §. 595. n. IV.

Boehmer, in Elem. iur. crim. Sect. 1. §. 126. Lit. a.

§. 5.

Ferner der Umstand, daß der Schulmeister angegeben hatte: es seyen 12 gr. weniger 2 pf. Silbermünze in dem Klingebeutel gewesen, hernach aber anführte, daß, außer den 6 gr. Silbergeld

geld, welche er an den Superintendent W. abgeliefert, der Altarist K. ohngefehr noch 11 gr. 2 pf. Silbergeld zu sich genommen habe, konnte ihn bis zur Special-Inquisition nicht beschweren. Denn letzteres hatte er nicht selbst, sondern sein Anwald im Gerichte zu Protocoll angezeigt, und dies nicht einmal mit Gewißheit angegeben, sondern darüber zweifelhaft geredet, wie aus den angefügten Worten **„ohngefehr, wenn man sich nicht irrt,"** abzunehmen ist.

§. 6.

Zu diesem allen kam noch, daß die Gemeinde B. nicht blos als Anschuldigerin anzusehen war, da denn also hier eigentlich kein inquisitorischer Proceß geführt wurde. Denn sie hatte

a) ihre Schriften gegen den Schulmeister rubricirt,

b) ein ordentliches Syndicat zu den Acten gegeben, nach dessen Inhalte sie, zu Vollführung ihrer wider den Schulmeister W. habenden Rechtssache, den Anwald bestellte.

Es war also hier ein **Anklage-Proceß** vorhanden, **nicht ein inquisitorischer**, denn in solchem wird die Syndicats-Aufnahme, die Bestellung eines Anwaldes durch zwei Drittel der Gemeinde, nicht nur nicht erfordert, sondern nicht einmal zugelassen, weil bei diesem Processe der Richter allein Kraft des ihm aufgetragenen Amtes, den Rechtsstreit anzuordnen und zu führen hat,

Boehmer, Elem. iur. crim. sect. 1. §. 89. n. 8.

so

so daß der Anschuldiger nicht einmal schuldig ist, die Mittel zum Beweise an die Hand zu geben, und der Angeschuldigte sich schriftlich allein ohne einen Gegner verständigen muß.

Idem l. c. n. 6 et 7.

Es hatte

c) daher die Gemeinde B. gar keinen Beruf gegen den Schulmeister weiter aufzutreten und den Proceß fortzuführen, wenn sie nur gewollt hätte, daß inquisitorie gegen letztern solle verfahren werden; zumal die Anschuldigung von dem Superintendenten, unter welchem der Schulmeister W. stand, geschehen war, folglich von Seiten der Gemeinde überflüßig.

Die Gemeinde legte also durch dieses, ihr Betragen sattsam zu Tage, daß sie die Stelle einer **Anklägerin** vertreten wolle. Sie konnte sich auch davon nachher um so weniger entledigen, da ihr durch einen zu Anfange ergangenen Bescheid auferlegt war:

„diese Sache mit dem W. nunmehro auszumachen, weil sie sich in der Sache weit über die Schranken einer bloßen Denunciation hinaus begeben, indem sie, nach Maaßgabe der Acten erkläret, vor Austrag der Sache weiter nichts in den Klingebeutel zu geben, dem Schulmeister W. ihre Kinder nicht in die Schule zu schicken rc. ja sogar auf dessen Suspension vom Amte angetragen hätte.“

Dies Erkenntniß hatten sie sogar rechtskräftig werden lassen.

Nun aber hört ein Inquisitions-Proceß auf, sobald ein Ankläger da ist,

Struv. Exerc. 49. §. 9.

nur der Ankläger muß den angefangenen Rechtsstreit durch alle Theile fortsetzen.

Boehmer, Elem. iur. crim. sect. 1. §. 83. n. 1.

§. 7.

So konnte endlich W. gleichfalls in dieser Sache mit der Amtsverhängung (suspensione ab officio) noch nicht bestraft werden, weil er, zur Behauptung seiner Unschuld, einen Beweis angetreten hatte, mit welchem er, zu Begünstigung der Unschuld, zuvor zu hören war:

antequam enim infertur suspensio, reus cum suis defensionibus erit audiendus, proinde fiat iudici manifestum annon innocens sit, cuius de suspensione agitur.

Stryk, de suspensione ab officio Cap. V. n. 2. in Disp. Francofurt. Vol. IV. Disp. V.

Es ergieng daher folgende Sentenz:

In Sachen der Gemeinde B. Klägerin und Leuteratin, gegen den Custodem W. daselbst, Beklagten und Leuteranten, wird, aus den abermals für beschlossen angenommenen Acten, hiermit zu Recht erkannt:

daß

daß nunmehro aus den Acten so viel zu befinden, daß wider den Schulmeister W. bewandten Umständen nach, mit der Special-Inquisition nicht zu verfahren, vielmehr die Gemeinde B. wie hiermit geschiehet, anzuweisen sey, in Gemäßheit des rechtskräftigen Erkenntnisses vom 22ten October 1784, diese Sache mit besagtem W. auszumachen, mithin binnen 4 Wochen hinlängliche Beweisthümer über das dem Custodi angeschuldigte Verbrechen herbeizubringen, und demnächst mit ihm zum Endurthel zu beschließen. Uebrigens ist der Custos W. mit dem von ihm angetretenen Beweise billig zuzulassen, und daher, zu Abhörung des vorgeschlagenen Zeugen, fordersamst Terminus anzusetzen, als worauf sodann in der Sache weiter ergehen solle, was Rechtens.

XXXIV. Rechtsfrage.

Ueber Erhöhung der geistlichen Gebühren von Predigern, und wie weit Volksklagen einiger Mitglieder der Gemeinen dabei reichen.

§. 1.

Es beschwerten sich verschiedene Mitglieder der Gemeinde S. daß ihr Prediger K. an Gebühren für Leichen, Trauungen, Kindtaufen u. d. g. mehr, als sonst gewöhnlich gewesen, fordere und nehme, und also eine Erhöhung der sonst weit niedriger gewesenen Gebühren einzuführen suche.

Der Prediger erwiederte: er brauche sich auf die Klage gar nicht einzulassen, weil 1) die Kläger sich, zu Führung der Klage im Namen der ganzen Gemeinde, durch Beibringung eines ordentlichen Syndicats noch nicht gehörig legitimirt hätten, 2) sie auch die Sache auf dem Wege einer Popularaction auszuführen nicht berechtiget seyn könnten, da bei der Entrichtung der Iurium Stolae kein interesse omnibus ex populo commune erfindlich sey, und es also den Klägern nichts angehe, was andere Mitglieder der Gemeinde dem Prediger an Stolgebühren gäben,

und 3) sie noch nicht dargethan hätten, daß ihnen selbst deshalben etwas ungebührliches abgefodert sey, sie auch 4) nebst diesem ihre Klage, als eine actionem popularem, nicht angebracht, sondern zu Anfange selbige Namens der ganzen Gemeinde S. rubricirt hätten, wesfalls, mutato Libello, der Kostenersatz habe vorangehen müssen.

§. 2.

Diese Einwürfe theilten sich in zwey Haupttheile, wovon der eine die Klage selbst, der andere aber den zur Anstellung derselben erforderlichen Gegenstand bezweifelt.

Was den **ersten Einwurf**, der gegen die Klage selbst gemacht worden, und die Behauptung des Leuteranten betraf, daß von Leuteraten selbst keine Actio popularis angestellt, sondern von ihnen Anfangs im Namen der ganzen Gemeine geklagt, und darauf weder mutatio Libelli, noch der dann nöthig gewesene Ersatz der Kosten geschehen sey; so ergaben Acta, und nahmentlich das am 7ten März 1782. abgehaltene Protocoll,

Nr. 23. Act.

daß die Kläger gleich damals, in diesem abgehaltenen ersten Verhör erklärt hatten, daß sie alle ihre wider den Beklagten angebrachten Beschwerden, also auch die, welche sie in Betreff unrechtmäßiger genommener Stolgebühren geführt, als eine Volksklage auszuführen gedächten, wodurch sich ergab, daß, wenn gleich die Kläger ihre erste Klage Namens der ganzen Gemeine rubriciret, selbige

selbige dennoch in diesem ersten Termine, in welchem Bekl. zum ersten Mahle auftrat, nachdem er einige vorher angesetzt gewesene Tagesahrten wendig gemacht hatte, noch zeitig genug verändert haben. Hiebei konnte also der sonst nöthige Kostenersatz zu keinem Augenmerk kommen, da die Kläger dem Beklagten, vor Veränderung der Klagschrift noch gar keine Kosten gemacht hatten, sondern alle Kosten, die dieser etwa inzwischen gehabt haben mogte, von ihm selbst, durch Wendigmachung aller vorher von Hochfürstlichem Consistorio angeordneten Tagedinge veranlasset waren; wie denn auch der in Aufschrift der Schriften noch einige Zeit fortgedauerte Irrthum, da die Schriften selbst der irrigen Aufschrift offenbar widersprochen; den Klägern gar nicht, am wenigsten bis zu dem Verluste der ganzen Klage, schädlich seyn konnte.

In Absicht des **zweiten Einwurfs**, da Leuterant in dem vorhandenen Falle die Begründung einer Volksklage gänzlich ableugnen wollte, war der wahre und richtige Begriff einer solchen Klage allererst festzusetzen. Nach den gesetzlichen Worten des

L. 1. ff. de pop. act.

ist solche eine Klage wodurch das Recht des Volks geschützt wird (*Actio, qua ius populi tuetur.*) Dergleichen Klagen kann jeder vom Volke anstellen, der sich mit Fug vor Gericht stellen kann; und daß diese noch jetzt Statt haben, bezeugen

Voetius in Comm. ad ff. ad h. t.

Huber in Prael. iur. ciu. ad h. t.
Berger in Oec. iur. Lib. III. Tit. XIV. th. 1. not. 2.
Meier in Colleg. Argentor. ad Tit. ff. de A. P.
Schilter in Praxi iur. rom. Tom. III. p. 145.
Brunnemann in Comm. ad ff. ad Tit. de A. P.

wie denn auch der Freiherr von Cramer die Ueblichkeit dieser Klagen in den Gerichten durch das Beispiel einer solchen bei dem Kaiserlichen Reichskammergerichte eingeführten und zugelassenen Klage bestärkt.

S. dessen Wezlarsche Nebenst. Th. 94. pag. 21.

Um nun aber diese Erklärung, sammt den durch so viele und große Rechtslehrer bewährten Gebrauch dieser Klagen, der hiesigen von den jetzigen Leuteraten angestellten Klage, in Rücksicht des Gegenstandes näher zu bringen und auf selbige anwendbar zu machen, war zum voraus noch anzumerken, was, in Betracht besonderer diese Klage begründender Fälle, der gründliche Canonist, Cardinal Tusch in Pract. Conclus.

Concl. 380. Lit P. et
Concl. 381. Lit. cit.

vorträgt. Er behauptet: Quod iure canonico, pro legato pio, pro accusando matrimonio incestuoso, pro matrimonio male separato redintegrando, *et similibus*, quilibet e christiano populo hac cum actione admittatur, et quod actionem popularem denunciet et prosequatur singularis persona de populo sine mandato, *nec obstet exceptio, tua non interest,* in actione populari.

Legte

Legte man den letztern Satz dieses großen Rechtsgelehrten, daß in Volksklagen die Ausnahme, "das geht dir nichts an" gar nicht entgegenstehe, hier zu Grunde: so fiel die Einrede des Leuteranten, worin er seine vorzügliche Stärke setzte, daß nemlich hier, bei der von einzelnen Mitgliedern der Gemeinde, über die geschehen seyn sollende Erhöhung der Stolgebühren, geführten Klage, keiner von den Klägern für sich ein eigenes Interesse anzuführen vermöge, schon aus dem Grunde allein gänzlich weg. Allein, wenn auch Leuteraten dadurch, daß andere aus der Gemeinde bisher höhere Gebühren an ihren Prediger, auf sein Anfordern, bezahlen müssen, als sonst gebräuchlich, in ihrem Beutel noch jetzt nicht gelitten hatten, so konnte doch allerdings ein entferntes Interesse für sie daraus angenommen werden, da es im gemeinen Leben oft der Fall ist, daß dem Herkommen zuwider erhöhete Einforderungen von der Art, auch demnächst zur nöthigen und schuldigen Abgabe für die übrigen gemacht, wenigstens deren Weigerung und Nichtleistung alsdenn für eine ungebührliche Vorenthaltung ausgegeben wird. Und hierin lag wenigstens ganz deutlich das allen vom Volke gemeinschaftliche Interesse, was zu Begründung der Volksklage erfordert werden wollte, wenn einzelne Personen aus der Gemeinde darauf zu halten drangen: daß die bisher in Uebung gewesene Taxe der geistlichen Gebühren, zum Nachtheil und übeln Folge für die ganze Gemeinde, und sie selbst, von dem Prediger nicht erhöhet, und dergleichen Einforderungen, (mit welchen freiwillige Geschenke

schenke und freiwillige Erhöhungen der gewöhnlichen Stolgebühren nicht zu verwechseln sind, auch nicht bestritten wurden) von ihm nicht durchgesetzt und fortgesetzt werden sollten. Denn daraus scheint ein, wo nicht klarerers, doch eben so deutliches gemeinschaftliches Interesse hervor, als bei den Volksklagen, welche nach dem Zeugnisse des Cardinals Tusch, pro legato pio, pro accusando matrimonio incestuoso, seu matrimonio male separato redintegrando, et similibus, mit Rechtsbestande können angestellet werden.

Jeder Einwurf, den Leuterant gegen die Gesetzmäßigkeit der in diesem Falle angestellten Volksklage gemacht hatte, fiel daher als ungegründet weg. So wenig daher hierauf zu achten war, so voreilig war gleichwohl auch die Foderung der Leuteraten, daß jenem gleich jetzt untersagt werden mögte, über das, was sie durch die Aussagen ihrer von einem Notar abgehörten Zeugen dargelegt zu haben glaubten, an geistlichen Gebühren nicht zu fodern. Zu Erwürkung dieses Erkenntnisses war die in einem Documento notariali enthaltene aussergerichtliche und unbeschworne Aussage der Zeugen bei weitem nicht hinreichend, und über den zweiten Punkt, daß nehmlich der Beklagte, höhere als herkömmliche und gebräuchliche geistliche Gebühren einfordere und verlange, war noch nichts rechtlich erwiesen. Für jetzt war also lediglich darauf zu erkennen: daß der Beklagte, in Absicht der, wegen ihm Schuld gegebener Erhöhung der Iurium Stolae, wider ihn angebrachten Klage, binnen einer Präjudicialfrist, sich ordent-

ordentlich vernehmen zu lassen und litem zu contestiren habe, widrigenfalls aber gewärtigen möge, daß lis pro negatione contestata angenommen, und Kläger zu dem ordentlichen Beweise der ihm beschuldigten observanzwidrigen Erhöhung der iurium stolae zugelassen werden sollten.

Und da auch die Bestimmung wegen der geforderten Ersetzung der Proceßkosten allererst bei erfolgendem Endurthel gründlich geschehen konnte; so wurde mit fernerer Aussetzung derselben in allen Stücken, wie ausgeführt ist, erkannt, und dieses Erkenntniß durch ein darauf in der Leuterungsinstanz erfolgendes Urthel bestätigt.

XXXV. Rechtsfrage.

Sind die Kirchenstühle, besonders auf den Dörfern, als den Reihehöfen daselbst anklebend und als Zubehör derselben zu achten?

Hartwig Niehaus zu Lochlum zeigt klagend an, daß er des Johann Lesmanns Hof zu Lochlum, welcher der 4te in der Reihe ist, käuflich an sich gebracht habe. Es gehöre zu jedem der Reihehöfe zu Lochlum ein Kirchenstuhl als ein Zubehör derselben; so daß der erste Reihemann den ersten, der 2te den 2ten u. s. w. habe. Der 4te zu seinem Hofe gehörige Kirchenstuhl sey gleichwohl von der Kirche unter dem Vorwande, daß Lesmann die dafür von der letzten Vertheilung her gebührenden 3 Rthlr. nicht entrichtet, und dessen Witwe zu einer anderweiten Veräußerung ihre Einwilligung gegeben habe, an Andreas Duderstadts Schwiegervater für 3 Rthlr. abgetreten worden. Die Kirche habe hiezu keine Befugniß, Lesmanns Witwe aber, weil sie nie Eigenthümerin des Hofes gewesen sey, kein Recht der Einwilligung gehabt. Er verlange also die unverzügliche Einräumung dieses 4ten Kirchenstuhls, als Zubehör zu seinem Hofe, von dem Beklagten, als jetzigem

gem Besitzer, und sey zum Ueberfluß erböthig, diesem die dafür bezahlten 3 Rthlr. zu erstatten.

Nr. 1. Act.

Der Beklagte setzt dieser Klage Exceptionem deficientis actionis entgegen und behauptet: Kirchenstühle wären keine Zubehörstücke der Höfe, und wenn dies auch wäre, so stehe doch jedem frei, den Kirchenstuhl wegzugeben und seinem daran habenden Rechte zu entsagen. Lesmann sey katholischer Religion gewesen; dennoch habe man ihm in der neuerbaueten Kirche zu Lochlum einen Stuhl angewiesen und dafür 3 Rthl. zu Bezahlung der Baukosten verlangt. Er sey solche immer rückständig geblieben, und seine Witwe habe sich zu deren Bezahlung eben so wenig verstehen wollen, sondern sich dahin erkläret: da ihre Söhne katholisch wären, so mögte man den Stuhl nur verkaufen, und ihn einem Andern geben. Es sey daher, bereits vor 26 und mehren Jahren, der Stuhl an ihn verkauft, und stehe folglich dem Kläger auch die Verjährung entgegen. Er bittet daher ihn von der unbefugten Klage loszusprechen, und den Kläger in die Kosten zu verurtheilen.

Nr. 3. Act.

In der Antwortsschrift bleibt Kläger dabei, daß eine Kirchenstelle als Zubehör dem Hofe anklebend sey. Er behauptet ferner: eine 10jährige Verjährung könne ihm der Beklagte nicht entgegensetzen, da ihm bona fides fehle, indem er den Kirchenstuhl von der Kirche erstanden, die nicht

wahre

wahre Eigenthümerin gewesen, und an einer 30jährigen Verjährung ermangele es hier ganz. Lesmanns Erben und Wittwe hätten an dem verschuldeten Hofe, da dieser, bei dem im Jahre 1761. oder 1762. erfolgten Absterben Johann Lesmanns in Concurs gerathen, kein Eigenthumsrecht gehabt, mithin ein dazu gehöriges Stück nicht absplittern können! Die Kirche hingegen habe blos ein Anweisungsrecht an den Stühlen, die jeder Reihemann mit Recht fodere; und wenn auch die Kirche wirklich ein Eigenthumsrecht hätte, so konnte sie dennoch den einmal verkauften Stuhl, wegen nicht geschehener Bezahlung, nicht zurücknehmen, sondern sie müsse sich rechtlicher Mittel bedienen, um zu ihrer Befriedigung zu gelangen. Kläger wiederholt daher sein Begehren um Zurückgabe des Kirchenstuhls.

Nr. 6. Act.

Hierauf antwortet der Beklagte: Kirchenstühle könnten nach Gefallen versetzt und veräussert werden, weil durch den Verkauf und die Abtrennung derselben so wenig der Dienstmann als der Guthsherr litte. Lesmann habe die für den Stuhl gefoderten 3 Rthlr. nicht bezahlen wollen; der Gemeinde hätte folglich frei gestanden, den besagten Stuhl an ihn, den Beklagten, zu verkaufen, zumal es des Eigenthümers Wille mit gewesen sey. Er habe den Stuhl dem Kläger einstweilen eingeräumt, um in der Kirche mit ihm nicht zu zanken, nicht aber demselben ein Recht zu der besagten Kirchenstelle übertragen. Denn darüber erwarte er das rechtliche Erkenntniß.

Nr.

Nr. 10. Act.

Hierauf sind die Verhandlungen für beschlossen angenommen und zum Urthel ausgestellet worden.

Votum.

Beide Theile haben noch keine legitimirte Anwälde zu den Acten bestellt, daher ihnen solches jetzt, bei ordnungsmäßiger Strafe, aufzugeben ist.

In Betreff der Hauptsache, will es zwar scheinen, als wenn der Kläger zu der angestellten Klage genugsamen Grund hätte, weil

1) nach Erbauung der Kirche zu Lochlum den dasigen Einwohnern die Kirchenstühle, gegen Erlegung einer Summe von 3 Rthlr. für den Stuhl, von der Kirche, nach der Ordnung, wie die Höfe im Dorfe auf einander folgen, zugetheilt, und durch diese Vertheilung nicht sowol ein Eigenthum der damaligen Hofbewohner, als vielmehr ein Zubehör der Höfe selbst geworden wären, wie denn überhaupt bei Kirchenstühlen nicht ungewöhnlich sey, gewissen Häusern zugeschrieben zu werden.

Schilter, Inst. iur. can. Lib. II. Tit. 7. §. 6.

Boehmer, in iur. paroch. Sect. V. Cap. II. §. 4.

so daß sie mit den Häusern an jeden folgenden Besitzer übergehen. In gegenwärtigem Falle aber sey insonderheit auf eine solche geschehene Zuschreibung

bung der Kirchenstühle auf bestimmte Höfe daraus zu schließen, daß die Kirche dem vierten Reihehofe den vierten Kirchenstuhl zugetheilet habe, obgleich der damalige Eigenthümer des Hofes der katholischen Religion zugethan gewesen sey, er also für sich diesen Stuhl in der protestantischen Kirche nicht habe gebrauchen können; diese Zutheilung folglich, in Rücksicht, daß ein protestantischer Einwohner den Hof dereinst bekommen werde, geschehen sey, in welchem Betracht denn

2) die Kirche nicht befugt gewesen, die besagte Kirchenstelle an des Beklagten Schwiegervater zu verkaufen, indem sie sich durch jene Anweisung und Zuschreibung, des Eigenthums- und Verfügungsrechts begeben, da doch einem Hause zugeschriebene Kirchenstühle nie der Kirche wieder anheim fallen.

Boehmer, in Iur. paroch. Sect. V. Cap. II. §. 7.

3) weil hiebei keine Abänderung und Ausnahme durch den Umstand hervorgebracht werden könne, daß der Lesmann die 3 Rthlr., welche andere Einwohner von Lochlum für den Kirchenstand entrichten müssen, nicht bezahlen wollen, und nicht bezahlt habe, indem nach einmal geschehener Zuschreibung, die Kirche, wegen unterbliebener Zahlung, sich des einmal begebenen Eigenthumsrechts ferner anzumaßen nicht berechtiget war, sondern nur Freiheit hatte, sich rechtlicher Mittel zu bedienen, um von dem Eigenthümer des Hofes, Lesmann, oder nachmals von der Concursmasse den Preis des Stuhls bezahlt zu erhalten, dergestalt daß

4) nicht einmal durch die Einwilligung der Lesmannschen Witwe in den anderweiten Verkauf, die Kirche zu solcher Handlung und Verfügung ein geltendes Recht erlangen können, da die Witwe Lesmann nicht eigentliche Eigenthümerin des Hofes gewesen, sondern ihr an dem Hofe nur ein Leibzuchtsrecht zugestanden habe, über dieses auch

Boehmer in Iure Paroch. Sect. V. Cap. II. §. 8.

annimmt, daß Häusern zugeschriebene Kirchenstühle von jenen nicht können getrennt und an Andere von den Besitzern überlassen werden, weil das Recht jener Kirchenstühle blos den Herrn jener Häuser verliehen sey.

Weil aber dennoch

1) die Stände und Stühle in den Kirchen, als Theile und Zugehörigkeiten der Kirche, dem Besitze der Kirche allerdings vorbehalten bleiben, und niemals zum Besitze der Eingepfarrten, der Regel nach, übergehen;

Pufendorf, in Obſ. iur. vniu. Tom. I. Obſ. 39.

es auch nicht vermuthet werden kann, daß die Kirche sich dieses Eigenthumsrechts, in Ansehung des einen oder andern Kirchenstuhls, begeben haben wolle, da der Kirche daran liegt, daß die Kirchenstühle ihr Eigenthum

Mevius, P. V. Dec. 408. n. 1.

sondern vielmehr derjenige, welcher einen Kirchenstuhl von der Kirche kauft, und sich zuschreiben läßt,

läßt, durch solchen Kauf oder solche Zuschreibung kein Eigenthumsrecht, sondern der Regel nach nur ein Recht, wie ein Nutznießer, erhält,

Pufendorf, loc. cit. pag. 96.

Brunnemann, in Iure eccl. L. II. Cap. 2. §. 9.

indem die Veräußerung der Kirchenstühle auf immer, eben so wenig erlaubt ist, als anderer unbeweglicher Kirchengüter, es sey denn mit Bewilligung des Bischofs oder dessen, der seine Stelle vertritt;

Meuius, P. V. Dec. 408.

folglich derjenige, welcher behauptet, daß ein Kirchenstuhl ein Erbgut oder väterliches Erbe sey, diese Behauptung auf das deutlichste beweisen muß,

Meuius, l. c. n. 2.

Boehmer, in Iure Paroch. Sect. V. Cap. II. §. 5. n. I.

Diesemnach also,

2) aus der geschehenen Vertheilung der Kirchenstühle zu Lochlum, nach der Ordnung der Reihehöfe, gegen Erlegung von 3 Rthlr. nicht gleich gefolgert werden kann, daß der Kirche, nach der vorgenommenen Vertheilung, überall weiter kein Herrschaftsrecht in Ansehung dieser Kirchenstühle zustehe, und zustehen könne, vielmehr

3) dafür zu halten ist, daß die Vertheilung und Anweisung, den Rechten gemäß, dergestalt geschehen, daß den Einwohnern zu Lochlum, für die entrichteten 3 Rthlr., ein weiteres nicht, als

der nutznießliche Gebrauch der Kirchenstühle eingeräumt sey, und dabei der Kirche allerdings die Befugniß zugestanden, den besagten Kirchenstuhl anderweit anzuweisen, weil theils die dafür zu entrichtenden 3 Rthlr. nicht bezahlt worden, theils weil der Eigenthümer des Hofes den ihm zugetheilten Stuhl nicht gebrauchen konnte und ihn nicht haben wollte, ja weil, wenn auch alles dieses der Fall nicht gewesen wäre, ohnehin das Recht des Lesmanns zur Zeit der anderweiten Anweisung, durch desselben vorhin erfolgtes Absterben, erloschen war,

Brunnemann, c. l. §. 11.

Schilter, Inst. iur. can. Lib. 2. Tit. 7. §. 7.

Carpzov, in Iurispr. consist. L. 11. Def. 362. n. 2. et 7.

Boehmer, in Iur. Paroch. c. l. §. 5. n. 4.

wie denn auch

4) wider diese rechtlichen Vermuthungen von dem Kläger kein Beweis, geschweige denn ein offenbarer klarer und deutlicher Beweis, beigebracht werden können, daß es in Lochlum mit den Kirchenstühlen eine besondere Beschaffenheit habe, daß daselbst solche Stühle von jeher als Zubehör der Höfe angesehen worden, und daß insonderheit der vierte Stuhl, auch vor dem neuen Bau der Kirche, jederzeit ein Zubehör seines erkauften Hofes gewesen sey, das Gegentheil von letzterm vielmehr

5) daraus wahrzunehmen ist, daß dem Vorwirthe des Klägers, Jochen Lesmann, nach Erbauung der neuen Kirche allererst eine Stelle angewiesen ist, welcher Anweisung es nicht bedurft hätte, wenn es

schon

schon vor Erbauung der neuen Kirche Herkommens gewesen wäre, daß die Einwohner zu Lochlum, nach der Ordnung, in welcher ihre Höfe auf einander gefolgt, auch ihre Stühle in der Kirche, als Zubehör der Höfe, eigenthümlich besessen hatten, bei welchen Umständen es,

6) an Seiten des Beklagten, zur Behauptung des seinem Schwiegervater von der Kirche zugetheilten, und ohne Widerrede der Kirche nachmals auf ihn gekommenen Stuhls, der entgegengesetzten Einrede der Verjährung nicht bedarf, da, so lange der Kläger sein vermeintliches, den allgemein für richtig angenommenen Grundsätzen zuwiderlaufendes Recht nicht klar erwiesen hat, vor der Verjährung dieses vorgeblichen Rechts die Rede nicht seyn kann, wogegen

7) dem Kläger, zum Beweise seines Vorgebens: wie es in Lochlum Herkommens, und üblich sey, daß die Kirchenstühle den Reihehöfen daselbst anklebend und als Zubehör derselben geachtet werden, annoch ein Präjudicialtermin einzuräumen ist; so wird, mit einstweiliger Aussetzung des Erkenntnisses über den Kostenersatz, wie im Urthel enthalten, überall zu erkennen seyn.

Sententia.

In Sachen des Hartwig Niehaus zu Lochlum, Klägers, an einem, wider den Andreas Duderstadt daselbst, Beklagten, an anderm Theile, wird zuvor beiden Theilen, bei 2 Gold-Fl. Strafe anbefohlen, binnen 4 Wochen legitimirte Anwälde, cum ratihabitione retro actorum, ad Acta

zu bestellen, demnächst aber aus den für beschlossen angenommenen Acten zu Recht erkannt:

Daß Kläger mit seiner angestellten Klage ab- und zur Ruhe zu verweisen, und dem Beklagten den ihm einstweilen eingeräumten Kirchenstuhl sofort wieder abzutreten schuldig sey, es könnte und wollte denn derselbe, binnen 4 Wochen, als einer ihm dazu präfigirten Präjudicialfrist, erweislich darthun, daß es in Lochlum Herkommens und üblich sey, daß die Kirchenstühle den Reihehöfen daselbst anklebend, und als Pertinenzen derselben zu achten sind, als worauf sodann ferner ergehen solle, was Rechtens.

Wie Wir zum Hochfürstlich-Hochstift-Hildesheimischen Consistorio A. C. verordnete Consistorial- und Kirchenräthe also zu Recht erkennen, anbefehlen, abweisen, und für schuldig erklären, auch vorbehalten, den Kostenpunct aber bis zum Endurthel aussetzen.

V. R. W.

XXXVI. Rechtsfrage.

Kann wegen einer begangenen unehrlichen Handlung des einen rechtlich verlobten Theils, das Eheverlöbniß wieder getrennet werden?

§. 1.

Eine Frauensperson D. E. S. zu G., stellte gegen den Braumeister T. daselbst eine Eheklage an, welche auf ein ordentliches Verlöbniß begründet war. Es gestand Implorat T. die eingegangene Verlobung, wandte aber folgende Gründe, warum er an solche nicht gebunden zu seyn glaube, ein:

1) Habe seine Braut vor ohngefähr 4 Jahren dem Kesselführer G. in G. aus dessen Garten eine Quantität Salat entwandt, dessen sie vor Gerichte überführt und deshalb bestraft worden wäre.

2) Habe sie, nicht lange nachher, dem Cämmerer G. eine Kissebühre gestohlen, und solche an die Witwe St. für 5 mgr. wieder verkauft. Mit einer Person, welche sich solcher unehrlichen Thaten schuldig gemacht habe, könne er sich in eine eheliche Verbindung nicht einlassen; zumal da er in

G.

G. Aemter und Gilden besitze, nach deren Privilegien eine solche Person in den Innungen nicht geduldet werde. Er bittet also um Aufhebung des Eheverspruchs, und ihm zu erlauben, sich anderweit zu verheirathen.

Auf geschehenes Leugnen von Seiten der Implorantin, tritt Implorat über das angeschuldigte Verbrechen des Diebstahls den Beweis an.

§. 2.

Es fragte sich daher:

1) Ob das der Implorantin Schuld gegebene Verbrechen des Diebstahls von Imploraten hinlänglich erwiesen,

2) Ob, wenn solches erwiesen, daraus eine rechtmäßige Ursache zu Aufhebung der Verlobung herzunehmen sey?

Hier war nun erstlich wol allerdings anzunehmen, daß in einem Falle, wie der vorliegende war, nicht auf den höchsten Grad des Beweises zu bestehen sey, da es hier nicht auf eine fiscalische Untersuchung oder criminelle Bestrafung des angeblichen Verbrechens des Diebstahls ankam, sondern auf die Darlegung der entstandenen Abneigung und des Abscheues, welchen die Begehung, oder auch nur die allgemeine Beschuldigung einer Lasterthat in dem Gemüthe eines Verlobten hervorbringen muß; in Verbindung des Nachtheils und des kränkenden Vorwurfs, welchen derjenige, der eine einer solchen ehrenraubenden That berüchtigte

Person

Person heirathet, sich allgemein und besonders in seinen Innungen zuzieht. Es war also hier nur eine hinlängliche **Bescheinigung** erforderlich. Diese war genug da, denn Zeuge 1. hatte eidlich gesagt:

„daß Productin in des Kesselführers G. Garten auf der Landwehre wirklich Sallat entwandt habe,

und daß solches eine ganze Schürze voll Kopfsallat gewesen."

Eben dieses bezeugte Zeuge 2. und setzte hinzu:

„daß sogar, dieser Dieberei wegen, der Amts-Lauensteinsche Grenzschütze den Auftrag gehabt habe, die Productin, wenn sie sich im Hannoverschen betreten ließe, zu arretiren."

Ferner hatte Zeuge 4. eidlich asserirt:

„daß die Implorantin, zur Zeit dieses begangenen Diebstahls, schon 17 Jahre alt gewesen sey, und bereits einen Bräutigam gehabt habe."

§. 3.

Bei der 2ten Frage fiel ins Offene, daß die Meinung des Carpzov, welcher gröbere und leichtere Verbrechen unterscheidet, und letztere, wohin er geringere Diebstähle, worauf etwa Gefängniß- oder Verweisungsstrafe steht, nicht unter die gerechten Ursachen einer Ehescheidung annehmen will,

will, längst von dem berühmten Canonisten J. H. Böhmer

in D. de prob. repud. cauſ. C. 2. §. 20.
et in *J. E. P.* Tom. 3. Lib. 4. Tit. 1. §. 180.

gründlich widerlegt worden iſt.

Dieſer Meinung iſt auch der Vice-Präſident von Puſendorf

Tom. III. Obſ. CLXVI.

beigetreten, und führt darüber ein Präjudicium des Königl. und Churfürſtlichen Oberappellationsgerichts zu Zelle an, ſo wie auch C. F. Hommel

in Rhapſ. Quaeſt. Vol. II. obſ. 400. n. 24.

über dieſe Materie ſo denkt:

Diſſoluuntur ſponſalia publica etiam, ſi poſt ea quis vel leuiſſimum v. c. furtulum vel quatuor groſſorum commiſerit, aut etiam commiſſum ante ſponſalia demum neſciuerit.

Cf. *Leyſer*, Spec. 52. med. 4.

Fleiſcher, in deſſen Einleitung zum Eherechte, p. 347.

§. 4.

Es würde daher gleich auf die Trennung der Eheverſprochenen erkannt worden ſeyn; da aber neuerdings noch, nach dem Beſchluſſe der Sache, Implorat ſolche Thathandlungen von der Implorantin gerichtlich angezeigt und zum Theil hinlänglich erwieſen hatte, welche die gerechteſte und unbezweifeltſte Urſache der Eheſcheidung darboten,

indem

indem er a) vorgebracht, daß Implorantin mit des Hauptmann v. C. Kutscher, Nahmens G., mit dem sie sich heimlicherweise in einen zweiten Eheverspruch eingelassen, wirklich entlaufen sey, und dieß, durch ein Original-Attestat des Pastoris primarii R. zu G. bescheinigt war; zum andern diese Entweichung nicht nur, sondern auch, daß Implorantin sich sogar schwängern lassen, und, um ihre Niederkunft abzuwarten, sich sowohl in A. aufhalte, als auch daselbst, der verwürkten Hurenbrüche wegen, schon in gerichtlichen Anspruch genommen sey, durch ein copeilich beigebrachtes Attestat des dortigen Magistrats, dessen Original er jederzeit dem Gerichte vorzulegen erböthig war, erwiesen hatte; so wurde erkannt:

daß nunmehr, vorwaltenden Umständen nach, der eingegangene Eheverspruch wiederum zu trennen, das an das Ministerium zu Gronau am 29ten Jun. 1784. abgelassene Mandatum de non proclamando nec copulando wiederum aufzuheben und dem Imploraten, sich anderweit zu verheirathen, frei zu lassen, auch Implorantin dem Imploraten alle verursachte Kosten, praevia specificatione et moderatione zu erstatten, schuldig sey, in sofern nemlich letzterer, binnen 14 Tagen, wie er sich erboten, und sich gebühret, das Attestat des Magistrats zu A. d. d. 24. April d. J. in originali allhier bei Hochfürstl. Consistorio produciren würde.

XXXVII.

XXXVII. Rechtsfrage.

Was begründet eine Ehescheidungsklage, und in welcher Maaße muß der Beweis dabei geführt werden?

Nachdem, auf erhobene bösliche Verlassungsklage des Tischlers Hopmann zu Alfeld, der Hopmannschen Ehefrau, durch Bescheid vom 30ten Dec. 1779. und darauf erlassene mehrere Strafbefehle, die Auflage geschehen, sich wieder zu ihrem Ehemann zu verfügen, ist zwar endlich die Wiedervereinigung dieser Eheleute erfolgt, kurz darauf aber diese Ehe von neuem getrennet und von der Hopmannschen Ehefrau unter dem 17ten Nov. 1781. eine ordentliche Ehescheidungsklage wider ihren Ehemann übergeben worden. In dieser führt sie an, daß ihr Ehemann, 1) seit der Zeit, da sie auf Befehl des Hochfürstlichen Consistorii zu ihm zurückgekehrt sey, ihr nie die eheliche Pflicht geleistet, 2) sie bei der schwersten häuslichen Arbeit, so wie auch ihre Eltern, sowohl hinterrücks als ins Angesicht mit den schmähligsten Schimpfworten belegt, 3) seine ehebrecherischen Zusammenkünfte mit seiner alten Haushälterin an verschiedenen Orten erneuert, 4) das Seinige, so zum Theil ihr mit verschrieben, heimlich verthan,

5) ja sogar ihr nie wieder ehelich beiwohnen zu wollen, geschworen, und 6) neuerlich sogar ihr mit einer Axt nach dem Leben getrachtet habe.

Klägerin ist erbötig, dieses alles durch Zeugen zu erweisen; und da sie weder gewillet, noch schuldig sey, die ihr angethane Schmach und Verachtung zeitlebens zu ertragen: so bittet sie um demnächstiges Erkenntniß, daß sie von Beklagten der Ehe halber zu entbinden, ihr aber, sich anderweit zu verehlichen vergönnt, dagegen Beklagten aufzugeben sey, ihr ihr Eingebrachtes herauszugeben, und dasjenige, was er ihr dagegen verschrieben habe, abzutreten.

N. 25. Act.

In dem darauf zum mündlichen Verhöre angesetzten Termine übergiebt Beklagter einen Aufsatz, worin er behauptet, daß nicht die angeführten Gründe, sondern ein von seiner Ehefrau gegen ihn gefaßter unüberwindlicher Haß, an der abermaligen Trennung ihrer Ehe Schuld sey. Er leugne zwar nicht, daß er, in der ersten Zeit nach Rückkehr seiner Frau, ihr nicht ehelich beigewohnet, nachher aber, da selbige sich darüber bei dem Herrn Consistorialrath Illing beschweret, und dieser ihm darüber zugeredet, habe er sich mehrmals dazu bereit bezeigt, welchem dann aber seine Frau ausgewichen sey, deshalben das Bette vermieden, und ganze Nächte mit ihrer Schwester unten in der Stube zugebracht habe, bis sie sich endlich ganz aus seinem Hause weg und zu ihren Eltern verfügt hätte. Den ihm angeschuldigten

digten verdächtigen Umgang mit fremden Frauenspersonen, schlechtes Betragen gegen seine Frau und insonderheit daß er ihr mit der Axt nach dem Leben getrachtet haben solle, leugnet er schlechterdings ab, zeigt dagegen an, daß er stets von ihr übel begegnet sey, und mit Schimpfworten überhäuft worden, welches er aber, in Hofnung der Besserung, in Geduld ertragen wolle, auch erbötig sey, selbige, nach angelobter Besserung, wieder aufzunehmen. Daher bat er zu erkennen: daß seine Frau mit ihrer ungegründeten Klage abzuweisen, und dagegen anzuweisen sey, wieder zu ihm zurückzukehren und sich ordentlich gegen ihn zu betragen, denn sollte es an seiner Seite an Erweisung der ehelichen Pflicht nicht fehlen.

Nr. 29. Act.

Die Klägerin hat hierauf Beweisartikel übergeben, und über selbige 4 Zeugen abzuhören gebeten, welche Abhörung dem Rath zu Alfeld übertragen ist.

Nr. 30. 31. und 34. Act.

Die Zeugen. Rotuli sind

Nr. 45. Act.

befindlich, und, nachdem beide Theile Deductionem ex Rotulis beigebracht, den Inhalt sowohl, als die Zeugenaussagen selbst in Voto vorkommen und beurtheilet werden sollen, sind Acta ad referendum ausgestellt worden.

Vo-

Votum.

Beklagter hat noch keinen legitimirten Anwald acta bestellt, daher ihm solches, bei Strafe der Ordnung aufzugeben ist.

In Betreff der Hauptsache will es zwar anscheinen, als ob die von der Klägerin angestellte Ehescheidungsklage allerdings gegründet sey, indem die von ihr gegen ihren Mann angeführten Beschwerden eine mehrfache Ursache zu gänzlicher Ehescheidung abgäben. Denn sie beklagt sich

1) daß ihr Mann ihr, seit ihrer Rückkehr zu ihm, die eheliche Pflicht nicht geleistet,

2) einen ehebrecherischen Umgang mit seiner vorigen Haushälterin gepflogen, und

3) ihr mit einer Axt nach dem Leben getrachtet habe.

Jeder dieser Gründe faßt aber bereits einzeln eine hinreichende Ursache zur Ehescheidung in sich,

quia praefracta debiti coniugalis denegatio, quippe qua fides coniugalis eodem modo ac in locali discessu soluitur, atque conuulcatur, desertioni adiungatur.

J. H. Boehmer I. E. P. Lib. IV. Tit. XIX. §. 32.
Nicolai de diuort. C. 2. n. 59. seq.
Stryk de diss. spons. Sect. VI. §. 23.

adulterium ante omnia iustam divortii caussam constituat,

J.

J. H. Boehmer l. c. §. 27.

ſicut et inſidiae vitae ſtructae ad cognoſcendum diuortium ſolae ſufficiant,

J. H. Boehmer l. c. §. 31.

Stryk, V. M. Tit. de diu. §. 10. ſq. et in Diſſ. de divort. ob inſid. vitae ſtruct

Was die erſte Beſchwerde betrifft, ſo leugnet Bekl. ſelbſt die Verweigerung der ehelichen Pflicht nicht.

Der erſte Zeuge

ad Art. pr. 3.

bekräftiget eidlich, daß Beklagter geſagt habe,

"wenn die Klägerin käme, wollte er ſie liegen laſſen, wo ſie läge,"

und vierte Zeuge

ad eund. Art.

betheuert:

"Beklagter habe in ſeiner und zweier anderer Perſonen Gegenwart geſagt: der Teufel ſolle ihn holen, und die Hand ſolle ihm wieder aus dem Grabe wachſen, wenn er die Klägerin wieder berührte;

In Betreff der 2ten Beſchwerde, ſagt der dritte Zeuge aus,

"war die Rede, nemlich daß Beklagter mit der alten Haushälterin, Witwe Blinden, noch beſtändig Umgang gepflogen, ſo gegangen ſey.

End=

Endlich in Ansehung der 3ten Beschwerde, hat der zweite Zeuge

ad Art. pr. 5.

ausgesagt,

"daß Beklagter die Klägerin, in seiner und „des Halbbruders Regenhard Gegenwart, „mit einem Stuhlbeine schlagen wollen, „welches er aber und Regenhard nicht zu- „geben, sondern sie aus der Stube lassen „wollen, worauf denn der Beklagte die Axt „ergriffen und gesagt habe: wenn sie ihn „nicht hinauslieſſen, wolle er alles entzwei „schlagen.

Alle vier Zeugen erhärten einmüthig

ad Art. pr. 4.

die schlechte Harmonie zwischen diesen Eheleuten, und daß Beklagter oft auf seine Frau und deren Eltern geschimpft habe. Nach diesem allen scheint es, daß anders, als geschiehet, zu erkennen gewesen sey.

Weil aber sehr bekannten Rechten nach, jede Ursache der Ehescheidung im Gerichte gesetzmäßig muß erwiesen werden, und es nicht genug ist, noch so viele und gehäufte Ehescheidungsgründe anzuführen, ohne sie rechtlich zu erweisen, weil sonst, allen göttlichen und menschlichen Gesetzen zuwider, und zur nachtheiligsten Stöhrung aller bürgerlichen Gesellschaftsordnungen, die Zerreissung so fest und auf immer geknüpfter Ehebande von der eigenwilligen Abneigung des einen oder

andern

andern Theils lediglich abhangen würde, und denn in gegenwärtigem Falle über keinen der angeführten Punkte, worauf die Ehescheidungsklage gegründet worden, der Beweis auf rechtserforderliche Weise geführt ist, indem

was die erste Ursache betrifft, Bekl. zwar die Versagung der ehelichen Pflicht, zu Anfange der geschehenen Rückkehr seiner Frau, eingestehet, dagegen aber, ohne daß dieses von der Klägerin irgend in den gerichtlichen Verhandlungen widersprochen worden, und also für anerkannt anzunehmen ist, behauptet hat, daß er nachher, auf geschehenes Zureden des Herrn Consistorialraths Illing, dazu stets bereit gewesen sey, Klägerin es aber ohne Grund verwegert, deshalben sein Bette vermieden, und einige Nächte in der untern Stube mit ihrer Schwester zugebracht habe, bis sie sich endlich ganz wieder aus seinem Hause weg und zu ihren Eltern verfüget habe, so daß hier ein firmissium propositum contumacis, quo probato et manifestato diuortium tantummodo decernitur,

test. *J. H. Boehmer* I. E. P. Lib. IV. Tit. XIX. §. 32.

gar nicht eintritt, folglich auch die Aussage der Zeugen, daß Beklagter sich verheissen haben solle, seine Frau nie wieder zu berühren, da sie von frühern und vergangenen Zeiten reden, bey den angezeigten unwidersprochenen Thatsachen und Vorsätzen, die der ersten Erklärung entgegenlaufen, keine Achtung verdienet; ferner

was die zweite Ursache betrifft, den angeschuldigten Ehebruch betreffend, keiner der abgehörten

ten Zeugen von einem verdächtigen Umgange des Beklagten mit der Witwe Blinden etwas eigentliches und genaues wissen will, da nur einer der Zeugen aussagt: "die Rede sey so gegangen," welche Aeusserung zur Beschwerung des Beklagten bei weitem nicht zureichend ist, vielmehr, da der 2te Zeuge

ad Art. pr. 6.

aussagt, daß, als einst die Witwe Blinden in seinem Hause gewesen sey, und Beklagter auch hereingekommen, letzterer gesagt habe:

"wenn ich gewußt hätte, daß sie hier wäre, „wäre ich nicht gekommen."

Dieser von diesem Zeugen insonderheit angeführte Umstand eher zur Reinigung des Beklagten beiträgt, da es wohl gewiß ist, daß letzterer, wenn er in dem beigemessenen Verständniß mit der Witwe Blinden gestanden hätte, deren Umgang vielmehr würde gesucht, als vermieden haben, oder ihm ausgewichen seyn; endlich

die dritte Ursach betreffend, das Anführen, als ob Beklagter der Klägerin mit einer Axt nach dem Leben getrachtet habe, durch die Aussagen der Zeugen gar nicht erwiesen ist, da der erste, dritte und vierte Zeuge davon gar nichts wissen, der zweyte Zeuge

ad Art. prob. 5.

aber nur aussagt: daß, als Beklagter seine Frau mit einem Stuhlbeine schlagen, er aber und der gegenwärtig gewesene Regenhard solches nicht zugeben wollen, sondern die Frau aus der Stube

gelassen, derselbe eine Axt ergriffen und gesagt habe:

"wenn sie ihn nicht hinauslieſſen, wolle er „alles entzwei schlagen,

weshalb die Absicht des Beklagten, daß er seiner Frau mit der ergriffenen Axt zu Leibe gehen wollen, und ihr damit nach dem Leben getrachtet habe, wie doch, um einen Ehescheidungsgrund daraus herzuleiten, erforderlich gewesen wäre, nicht mitbezeuget, vielmehr die Absicht des Beklagten, daß er sich durch die Drohung, alles entzwei schlagen zu wollen, nur Raum zu machen gesucht, erhellet, und wenn gleich aus dieser argen Drohung sowohl, als auch daraus, daß er die Frau mit einem Stuhlbeine schlagen wollen, ein hoher Grad von Eifer gegen seine Frau, und die Heftigkeit seiner Leidenschaft hervorleuchtet, so ist gleichwohl daraus eine wirkliche Nachstellung nach ihrem Leben um so weniger zu schlieſſen, weil nirgends in den Verhandlungen vorkommt, daß Beklagter jemals gegen seine Frau Thätlichkeiten ausgeübet oder sich an ihr thätlich vergriffen hat, sondern der leztern Klagen, jene unerwiesene Vorwürfe ausgenommen, überall nur auf Schimpf- und Scheltreden gehen, die er gegen sie und ihre Eltern ausgestoßen habe, wesfalls denn, bey abermaliger Rückkehr der Frau, noch nicht alle Hofnung zu Führung einer künftigen verträglichen Ehe, zu deren Erneuerung der beklagte Ehemann auch wiederholt in seinen Schriften Verlangen bezeugt, aufzugeben ist, zumahl, wenn dem Beklagten, bei Vermeidung körperlicher Strafe befohlen wird, sich in der

Folge gegen seine Ehefrau gebührend zu betragen, und zu keinen neuen Zwistigkeiten Anlaß zu geben; aus welchen Gründen, wie im Urthel enthalten, zu erkennen seyn wird.

Sententia.

In Sachen des Tischlers Hopmann in Alfeld, Klägers und nunmehrigen Beklagten, an einem, wider dessen Ehefrau, gebohrne Goldhallen daselbst Beklagtin und nunmehrige Klägerin, am andern Theile, wird zuvor ersterm bey 2 Goldfloren Strafe aufgegeben, einen legitimirten Anwald, sub expressa ratihabitione retro actorum, binnen 4 Wochen ad Acta zu bestellen, diesemnächst aber, auf geschehene Nachsicht der Acten und erstattete Relation, zu Recht erkannt:

> daß Klägerin den Grund der wider ihren Ehemann angestellten Klage rechtsbehörig nicht erwiesen, mithin mit der eingeführten Ehescheidungsklage ab, und dagegen bey 5 Gfl. unnachläßiger Strafe, angewiesen werde, innerhalb 14 Tagen zu ihrem Ehemanne zurückzukehren, um die Ehe mit ihm, so wie es christlichen Eheleuten gebühret, zu erneuern, wie denn beide Eheleute, und zwar Beklagter, bei Vermeidung körperlicher Strafe, einander gebührend zu begegnen und alle Gelegenheit zu neuen Zwistigkeiten zu vermeiden, hiermit alles Ernstes erinnert werden.

XXXVIII. Rechtsfrage.

Wieviel erhält die Witwe eines Pastors, wenn Kinder erster Ehe da sind, von den Einkünften des Sterbejahres ihres Mannes, und wie werden diese Einkünfte berechnet und vertheilt?

§. 1.

Der Pastor R. starb, mit Hinterlassung vieler Schulden, einer Witwe, und mehrer Kinder früherer Ehe. Die Vormünder der letzten suchten aus dem entstandenen Concurse das zu retten, was ihren Mündeln an mütterlichem Vermögen und an den Antheilen des Gnadenjahres zukam. Sie geriethen daher mit der Stiefmutter ihrer Mündel in einen Rechtsstreit. In diesem kamen folgende Punkte zu rechtlicher Erörterung und Entscheidung:

1) Ob die verwitwete Pastorin R. die Hälfte der Einkünfte des Sterbejahres ihres Mannes, oder nur ein Vierthel (da drei Kinder erster Ehe da waren) der Einkünfte, die im ersten halben Jahre, nach ihres Mannes Tode fällig geworden, verlangen könne?

§. 2.

Es schien hier, als wenn die Witwe R. berechtigt sei, die Hälfte des Gnadenjahres, und zwar des Landertrages und der Einkünfte des ganzen Jahrs, vom Nov. 1780 bis Nov. 1781. zu fordern,

1) da, nach der Meinung einiger Rechtsgelehrten, in dem Falle, wenn eines Predigers Witwe und mehrere Kinder der vorhergehenden Ehe concurriren, die Einkünfte des Gnadenjahres in zwei Theile getheilt werden, und davon ein Theil der Witwe, der andere Theil aber den gesammten Kindern erster Ehe zufallen soll, wie, nebst andern

Stryk, in Diss. de anno deseruito cap. VI. n. 8. sq. in Vol. Diss. Francofurt. Diss. 16. p. 51.

und

Finckelthaus de iure Patr. C. VI. §. 96. sq.

zu zeigen gesucht haben.

2) Da in einem Falle, wie dieser war, nicht nur von den Einkünften, welche von Zeit des Todes des Mannes erst fällig geworden, sondern auch von den bei Lebzeiten des Mannes bereits verdienten, aber noch nicht eingegangenen Einkünften, wenigstens von den Früchten und dem Ertrage des ganzen Jahrs zu verstehen ist, da weiland Pastor R. im Mai, folglich um Pfingsten 1781. verstorben war; daher es das Ansehen hatte, daß seiner hinterlassenen Witwe und Kindern auf Michaelis g. J. das ganze Einkommen,

men, und darüber folgenden Jahrs der vierte Theil an Winter- und Sommersaat, an Wiesenwachs, Gartenfrüchten u. s. w. gebühre.

Postquam enim ab hoc tempore praeter propter trimestre currit spatium, vsque ad Terminum Michaelis, fructus et reditus totius anni computantur, procul dubio hi omnes viduae et liberis defuncti Parochi cedunt.

Carpzov. Iurispr. eccl. Lib. 1. Def. 203. n. 2. p. 219.

Schilter. Inst. iur. can. Lib. 1. Tit. 18. §. 24. pag. 194.

§. 3.

Aber die Meinung anderer Rechtsgelehrten, daß die Theilung der Einkünfte des Gnadenjahres nach der Zahl der Kinder geschehen müsse, ist in Ermangelung landesgesetzlicher Bestimmung hierüber, durchaus vorzuziehen, und den gemeinen Gesetzen und deren Aehnlichkeit weit gemäßer,

Schilter Inst. iur. can. Lib. 1. Tit. 18. §. 28. p. 198.

Eckard ad *Schilter* l. c. §. XXVIII. pag 1141. sq.

insonderheit, wenn, wie hier der Fall war, der Witwe keine größere Begünstigung, als den Kindern zugestanden werden kann. Denn hier war es mit dem Nachlasse des Vaters leider zum Gläubiger-Verein gekommen, dagegen die Witwe ihr Eingebrachtes wenigstens zum Theile rettete.

Schilter und *Eckard* l. c. p. 197.

Dieser

Dieser Meinung pflichtete sogar der von der Witwe für sich angezogene Carpzov

in Iurispr. for. P. II. Const. 5. Def. 12. u. Lib. VI. Resp. 41. n. 7. seq.

bei, wie auch

Boehmer in I. E. P. P. II. Lib. III. Tit. 5. §. 29. et pag. 509.

Weil nun ausserdem auch der Gerichtsgebrauch im Hochstifte Hildesheim damit übereinstimmt, so wurde erkannt:

daß a) die Witwe, Pastorin N., von den Einkünften des Gnadenhalbenjahrs, ein Mehreres als ein Vierthel zu fodern nicht befugt, und

b) selbige von den bei Lebzeiten ihres Mannes bereits fällig gewesenen Einkünften etwas zu verlangen gar nicht berechtigt sey.

§. 4.

Es kann nemlich in Rücksicht des **letzten** Zusatzes des Urthels sub b. eine Witwe sodenn nicht begehren, daß die von Lebzeiten des Mannes **rückständigen** Einkünfte, Früchte und Ertrag des ganzen Jahrs zwischen ihr und ihren Kindern zur Theilung kommen, indem das Gnadenjahr erst von dem Augenblicke an, da der Prediger stirbt, zu rechnen ist,

Carpzov. in Iur. eccl. Lib. 1. Def. 197.

und hingegen die von Lebzeiten des Mannes rückständigen Einkünfte, als verdient, offenbar zum

Eigen-

Eigenthum des Verstorbenen gehören, und so auf dessen Kinder, den gemeinen Rechten nach, übertragen werden, oder zu Bezahlung der Schulden des Verstorbenen mit angewandt, und bei entstandenem Gläubiger-Verein zur Vermögensmasse müssen geschlagen werden.

I. H. Boehmer, in Diss. de anno deseruito, seu salario promerito, Cap III. §. 36 et in Exerc. ad Pand. Tom. III Exerc. 55. pag 675. sq.

Carpzov, in Iur. eccl. Lib. 1. Def. 180.

Letzteres war hier der Fall, indem die Gläubiger des verstorbenen Pastors R. von dessen hinterlassenem übrigen Vermögen nicht konnten befriedigt werden.

XXXIX. Rechtsfrage.

Können die von dem Manne für die Frau in die Witwenkasse geschehenen Zuschüsse von den Kindern erster Ehe, oder deren Vormündern, zurückgefordert werden?

In der vorbemeldeten Sache kam

2) zur Frage:

Ob die R-schen Vormünder die von dem verstorbenen Pastor R. für seine Frau in die Calenbergsche Witwencasse geleisteten fünfjährigen Zuschüsse mit Rechtsbeifalle zurückfodern könnten?

Für die Bejahung schien dies zu streiten, weil der Verstorbene, durch die Einlage der ihm von seiner Ehefrau, und jetzigen Witwe als Brautschatz zugebrachten 100 Rthlr. von dieser Summe die Zinsen, welche ihm als Ertrag des Brautschatzes, um die Lasten der Ehe zu erleichtern, doch gebührten, nicht nur hatte entbehren, sondern noch überdem durch die Zuschüsse zur Witwenkasse, sein eigenes Vermögen, zum Nachtheile seiner Kinder erster Ehe, hätte schwächen müssen.

§. 2.

§. 2.

Allein 1) ein Ehemann ist nicht nur verbunden, bei seinen Lebzeiten seine Ehefrau zu ernähren, sondern auch, wenn er kann, für derselben Unterhalt, auf den Fall seines Ablebens, Sorge zu tragen, besonders, wenn deren eigene Mittel nicht hinreichen, ihr nach seinem Tode ein standesmäßiges Auskommen zu sichern.

Pufendorf, in obs. iur. vniu. Tom. IV. obs. 166. §. 7.

2) Die zu der Calenberger Witwenkasse von dem Pastor N., während seines letzten Ehestandes, von Zeit zu Zeit bezahlten Zuschüsse sind als ein Mittel anzusehen, wodurch er jene ihm obliegende Verbindlichkeit, der Versorgung seiner Frau nach seinem Tode, wenigstens einigermaßen zu erfüllen hoffen konnte. Er war also besonders zu der ordnungsmäßigen Einrichtung des erforderlichen Kassen-Zuschusses nicht nur, als Herr über das Seinige, berechtigt, sondern sogar bei dem Nothfalle, in welchem die Frau sich befand, als Ehemann verpflichtet. Daher kann auf keine Weise von der Witwe gefodert werden, daß sie die von ihrem Ehemanne bezahlten Zuschüsse zu der Erbschaftsmasse zurückliefere, zumahl da ganz unerwiesen ist, daß weyl. Pastor N. durch die Bezahlung dieser Beiträge, zum Nachtheil und Betrug seiner Kinder erster Ehe und seiner Gläubiger vorsetzlich gehandelt habe.

§. 3.

Es wurde daher dieses Punkts wegen erkannt:

daß

daß die Witwe N. die von ihrem seel. Ehemann von Zeit zu Zeit in die Calenbergsche Witwenkasse für sie gethanen Zuschüsse zur Erbschaftsmasse zu ersetzen nicht schuldig sey.

XL. Rechtsfrage.

Wird bei dem Beweise des eingebrachten Brautschatzes der Mutter Kinder erster Ehe, wenn sie deshalben mit der Stiefmutter wegen des von dieser eingebrachten Brautschatzes um den Vorgang streiten, die Aussage eines nahen Verwandten, um die Vormünder zum Erfüllungseide de credulitate zu bringen, als halber Beweis angenommen? Und was hat ein also vollführter Beweis für rechtliche Kraft?

---

§. 1.

Es kam in eben dieser Sache ferner zur Frage:

3) in wiefern der von den Vormündern der N. schen Kinder, wegen des eingebrachten Brautschatzes gedachter Kinder Mutter, angetretene Beweis geführt sei, und was dieser, falls er für geführt zu achten, für rechtliche Kraft habe?

Hier

Hier schien es, als hätten die Vormünder der R-schen Kinder wegen des Brautschatzes und des Eingebrachten der Mutter ihrer Mündel überall nichts erwiesen, weil die Zeugenaussage Eines Zeugen, der dazu ein Anverwandter der Mündel war, nichts beweisen könne, zumal, da dieser nicht einmal genau hatte angeben können, ob die von den Vormündern besonders angegebene Stücke Brautschatz- oder Aussteuergut gewesen sey, er auch ferner, daß die Güter unverschuldet gewesen seyen, verneint, daß der dritte Theil davon während der Ehe veräußert worden, gesagt, und endlich ausgesagt hatte, daß er nicht wisse, wie viel eigentlich an baarem Gelde und in welchen Münzsorten es eingebracht sey.

§. 2.

Da aber doch 1) der eidlich abgehörte Zeuge unumwunden ausgesagt hatte, daß die in der Einzeln-Angabe (Specification) angeführten Barschaften, actiua, Mobilien und Immobilien insgesammt, ausschließlich der in dem Verzeichnisse bemerkten 390 Rthlr., welche die Frau in stehender Ehe mit P. R. von Hannover aus erst erhalten, von seiner Schwester dem seel. P. R. wirklich als Brautschatz zugebracht wären, mit der Erklärung, daß er unter dem Worte Brautschatz (dos) die von der Frau dem Manne bei der Hochzeit zugebrachten Güter verstehe, und denn 2) das Zeugniß eines Anverwandten einen halben Beweis ausmacht, wenn Umstände vorliegen, aus welchen zu schließen ist, daß der Zeuge die Wahrheit rede,

Voetius,

Voetius, ad Pand. Tit. de iureiur. §. 29.
Boehmer, Tom. III. P. II. Dec. 400. n. 6.
Leyser, Spec. 283. Med. 23.
Berger, in Elect. Disc. for. p. 716.
Struben, rechtl. Bed. Tom. I. Bed. 133. pag. 314.

es hier aber in solchen adminiculirenden Umständen, welche den Richter sogar jemanden, ob praesumtiones, zu dem Erfüllungseide zuzulassen bewegen sollen —

Struben, a. d. a. O.
Ludovici, in Diss. de probabil. eiusque effectu. Cap. II. §. 6.
Mevius, P. V. Dec. 172.
Harpprecht, Cons. 25. n. 67. 68.
Stryk, de semiplenae probationis existentia Cap. 4. n. 100.
Leyser, Spec. 141. Med. 1.

nicht ermangelte, indem der Zeuge einmal ein Geistlicher war, von welchem nicht vermuthet werden soll, daß er, zu Gunsten seines Neffen, einen falschen Eid schwören werde; zum andern auch auf den Zeugen um so weniger ein Verdacht der Partheilichkeit fallen soll, wenn er die Artikel nicht durchgängig bejahet hat:

Struben, rechtl. Bed. Tom. III. p. 533.

so war in dem vorgelegten Falle wohl so viel klar, daß von den Vormündern die geschehene Illation und Constitutio dotis, in Ansehung der meisten ficirten dahin gehörigen Grundstücke, Gelder

und Sachen zur Hälfte erwiesen sey, daß also die Vormünder, Namens ihrer Pflegbefohlenen, zum iuramento suppletorio, und zwar de credulitate,

Pufendorf, Proc. ciu. P. III. C. 12. §. 9.

falls sie sich dessen nicht weigerten, zuzulassen wären.

§. 3.

Nahm man nun auf diese Art den Beweis als vollführt an, so genossen die Kinder erster Ehe, in Betreff des Brautschatzes ihrer verstorbenen Mutter, ohne Widerrede ein Vorzugsrecht vor dem Brautschatze der hinterbliebenen Witwe,

Nou. 91 Cap. 1.

Auth. si quid ex rebus C. qui potior. in pignor.

welches ihnen ferner auch in Ansehung des **ganzen** Brautschatzes ihrer Mutter zustand, wenn gleich davon einige Morgen Landes und der dritte Theil eines Hofes zu Großen-Lasserde von weyland P. R. während der Ehe, nach der Aussage des Zeugen, waren veräußert worden, weil jede Veräußerung eines zum Brautschatz erhaltenen Landguts untersagt ist, wenn auch die Frau sie bewilliget.

pr. I. quibus alienat. liceat vel non.

L. vn. §. 15. C. de rei uxoriae act.

§. 4.

Auch konnte diesem Vorzugsrechte die Aussage des Zeugen nicht im Wege stehen, daß die

Güter

Güter der verstorbenen Frau nicht ganz unverschuldet gewesen wären. Denn hierauf konnte bei dem Erkenntnisse nicht früher Rücksicht genommen werden, bis erwiesen war, wie hoch die Schulden, welche auf den Gütern gehaftet haben sollten, sich belaufen haben, welches zu bewirken, der Witwe oblag, und ihr immer vorbehalten blieb. Es gebührte dagegen den Kindern, wegen eines in der genauen Angabe mit aufgeführten Postens von 390 Rthlr., und wegen des feinen Harzgeldes jenes Vorzugsrecht nicht, weil das erstgedachte Kapital offenbar Paraphernal-Guth war, letzteres aber der Kinder Mutter zu ihrem Antheile selbst zu sich genommen hatte.

Es wurde daher erkannt:

Werden die Vormünder den, wegen des eingebrachten Brautschatzes ihrer Mündel Mutter, von ihnen zur Hälfte geführten Beweis, durch Ausschwörung des Namens ihrer Pflegbefohlenen abzustattenden iuramenti suppletorii de credulitate ergänzen; so ist den N-schen Kindern, wegen jener mütterlichen Brautschatzforderung, vor der Witwe, mit Recht der Vorzug zu lassen, und sind alsdenn die von ihnen designirten Gelder und Sachen, mit Ausschlusse der in dem Verzeichnisse aufgeführten 390 Rthlr. und des darin erwähnten Silbergeldes, vor allen anderen Gläubigern, ihnen zuzusprechen und zu vergüten.

XLI. Rechtsfrage.

Muß eine dem vorigen Prediger schon einmal von der Kirche bezahlte und von diesem in das revidirte und quitirte Kirchen-Register in Rechnung gebrachte Schuld, in Ermangelung einer Quitung des rechten Gläubigers, noch einmal bezahlt werden? Und werden auf eine Waarenschuld Zinsen zuerkannt?

Die Kirche zu Barfelde war dem Apotheker Forke zu Gronau, für Wein und Kirchen-Oblaten, die derselbe in den Jahren 1760. bis 1768. an selbige abgeliefert hatte, 19 Rthlr. 9 ggr. schuldig geworden. Diese Schuld war von den Erben des gedachten Apothekers im Jahre 1781. sammt den Verzugszinsen und Kosten, gerichtlich eingeklagt, und von Hochfürstlichem Consistorio gleich Anfangs deshalben ein Mandatum C. C. erlassen.

Nr. 1. bis 3.

Die Kirchenvorsteher haben dawider eingewendet, daß diese Schuld von ihrem vorigen Prediger als bezahlt in den Kirchen-Registern aufge-

 führt

führt, und diese Register von den ehemaligen Kirchen-Commissarien, Consistorialrath Cromen und Amtmann Pfingsthorn, nachgesehen und unterschrieben wären, welches ihnen statt Quitung diente. Wenn daher auch, wie Beklagte selbst für nicht unwahrscheinlich halten, ihr verstorbener Pastor Laves dieses Geld sollte unterschlagen haben: so könne dieser Umstand dennoch der Kirche nicht schädlich seyn, weil es auf alle Weise für selbige zu hart seyn würde, wenn sie noch einmal Zahlung leisten sollte. Daher wären die Kläger in jenem Falle sich an die Witwe Laves zu halten schuldig.

Nr. 4. und 12. Act.

Hochfürstl. Consistorium hat darauf auch unter dem 21ten April 1786. in dem

Nr. 21. Act.

befindlichen Urthel erkannt:

daß beklagte Kirchenvorsteher von der wider sie angestellten Klage zu entbinden und loszusprechen, Kläger aber mit ihren Ansprüchen und Forderungen an die Erben des weyl. Pastoris Laves zu verweisen, auch den Beklagten die auf diesen Proceß verwendeten Kosten, praeuia liquidatione et iudiciali moderatione, zu erstatten schuldig wären.

Gegen dieses Erkenntniß haben die Kläger die Leuterung eingewendet, und, nach geschlossener Instanz, um Verschickung der Acten an Auswärtige

tige gebeten, worauf denn von der Juristen-Facultät zu Duisburg die

Nr. 36. Act.

befindliche Sentenz, des Inhalts, eingekommen ist:

daß Beklagte und Leuteraten, in ihrer Qualität als Vorsteher der Kirche zu Barfelde, schuldig, die Kläger und Leuteranten, in Ansehung der eingeklagten Forderung, mit den Zinsen, jedoch erst von der Zeit angerechnet, daß die Klage angestellet worden, zu befriedigen, jedoch salvo regressu an die Erben des verstorbenen Pastoris Laves, die Kosten aber gegen einander aufzuheben wären.

Wider dieses Urthel haben die Kläger das remedium restitutionis in integrum cum querela nullitatis, die Beklagten aber das Rechtsmittel der Leuterung vorgeschoben.

Die Kläger führen in ihrer Rechtfertigungsschrift zwei Beschwerden an:

1) daß die beklagten Kirchenvorsteher nur von Zeit der hieselbst erhobenen Klage die Verzugszinsen bezahlen sollten,

2) daß die Kosten aufgerufen worden.

Die Rechtmäßigkeit der ersten Beschwerde suchen sie durch das Anführen zu zeigen, daß der in

den Entscheidungsgründen angenommene Satz, nehmlich daß Verzugszinsen nur vom Tage der richterlichen Anrufung, nnd nicht von Zeit geschehener aussergerichtlichen Anmahnung, gefordert werden könnten, ganz unrichtig sey. Die dieses behauptenden Rechtslehrer sprächen nur von dem mutuo, als einem negotio stricti iuris, wogegen in negotiis bonae fidei, wohin auch Kauf und Verkauf gehöre, und wovon hier die Rede sey, die Verzugszinsen a die simplicis interpellationis gebührten. Eben so wenig stände ihnen auch der zweite Entscheidungsgrund des vorigen Urthelsverfassers, nehmlich daß die geschehene aussergerichtliche Anmahnung von ihnen noch nicht hinlänglich erwiesen sey, entgegen, da eine absolutoria nur alsdenn Statt habe, wenn der Beweis auferlegt und nicht geführt sey. Es hätte also, da Beklagte die Interpellation nicht geleugnet, und bis dahin kein Beweis darüber gefodert worden, erst auf Beweis müssen erkannt werden, und, um diesen nunmehr zu führen, schieben sie den Beklagten den Eyd darüber zu:

> daß weder sie, noch der Pastor Laves, als damaliger Rechnungsführer der Kirche, im Jahr 1768 oder 69. um die qu. Kirchen-Wein- und Oblaten-Schuld von 19 Rthlr. 9 gr., mittelst Zusendung der Rechnung, von ihrem Mandatario, weyl. Burgermeister Plathner angemahnet seyen.

Sollten sie diesen Eid schwören, so würden sie doch nicht leugnen, daß ihr Miterbe, der Gerichtshalter

ter Plathner, sie wegen dieser Schuld schon am 30ten April 1777. bei dem Fürstlichen Amte Gronau gerichtlich belangt habe, folglich sie also von dieser Zeit wenigstens an, selbst nach der Meinung der Duisburger, die Verzugszinsen zu bezahlen, verbunden wären. Zum Beweise dieser im April 1777. bereits geschehenen gerichtlichen Anrufung legten sie das damals abgehaltene Amtsprotocoll, sub Lit. C. bei.

Die zweite Beschwerde, welche die Kläger aus der geschehenen Aufrufung der Kosten gegen einander hernehmen, bemühen sie sich durch die Anführung zu rechtfertigen, daß hier eine unleugbare Schuld eingeklagt worden, und dagegen nur mit erdichteten Einreden bisher gestritten worden. Scheingründe könnten eben so wenig von dem Kostenersatze befreien, als ein vorheriges gutes, nachher aber umgestoßenes Urthel.

Sie bitten daher, Sententiam a qua dahin abzuändern:

> daß Beklagte nicht nur die sämmtlichen Verzugszinsen von Zeit der geschehenen richterlichen Anrufung bezahlen, sondern auch alle so freventlich verursachten Proceßkosten erstatten müßten.

Nr. 38. Act.

Die Beklagten dagegen beschweren sich in ihrer Rechtfertigung der Leuterung darüber: daß sie in dem letzten Urthel zu Bezahlung der geklagten Foderung nebst Zinsen vom Anfange des Processes verurtheilt worden. Sie führen, zur

Recht-

Rechtfertigung ihrer vermeintlichen Beschwerde, den rechtlichen Satz an: daß ein Rechnungsführer, wenn seine Rechnungen einmal abgelegt, nachgesehen und quitirt wären, nicht weiter dürfe beunruhigt, oder zu Wiederholung der Rechnungsablage angehalten werden. Nun habe der verstorbene Pastor Laves die geführten Kirchenrechnungen, worin der von Klägern eingeklagte Post aufgeführet sey, vor den Kirchencommissarien gehörig abgelegt und sey darüber quitiret worden; also könnten die Altaristen, lange nach des Rechnungsführers Tode, über das in den Rechnungen Aufgeführte, nicht nochmals in Anspruch genommen, am wenigsten aber schuldig gehalten werden, die geklagte Forderung, die vom Kirchengelde schon einmahl bezahlt sey, und worüber der Pastor Laves als Rechnungsführer gehörige Quitung erhalten habe, noch einmal zu bezahlen, zumal da der ihnen an die Witwe des Pastors Laves vorbehaltene Rückhalt mit vieler Weitläuftigkeit verknüpft wäre, und auch wohl vergeblich seyn mögte, da jene nichts als ihr sparsames Witwenthum besäße. Sie bitten also um Wiederherstellung des vorigen Erkenntnisses.

Nr. 42. Act.

Beiden Theilen ist hierauf, zur Beantwortung der von beiden Seiten übergebenen Rechtfertigungsschriften, die gewöhnliche Frist verstattet worden; sie haben aber, auf die gegenseitigen Anführungen, nur allgemeine Widersprüche erwiedert, und zum Spruche unterworfen; daher ist denn unter dem 28. April d. J., die Sache für

für beschlossen angenommen, und sind die Verhandlungen zum Urthel ausgestellt.

Nr. 45. Act.

Votum.

Beide Theile haben ihre Anwälde durch die

Nr. 22. u. 29. Act.

übergebenen Vollmachten gehörig ad Acta legitimirt, daher denn der Legitimationspunkt als berichtigt anzunehmen ist.

In der Hauptsache ist zu untersuchen:

Ob das letzthin in dieser Sache von der Juristen-Facultät zu Duisburg ausgesprochene Urthel zu bestätigen, oder, nach dem Verlangen des einen oder des andern Theils, abzuändern sey?

Obwohl es nun

1) die von den Beklagten aufgeführte Beschwerde betreffend, anscheinen will, daß die Beklagten zu Bezahlung der eingeklagten Forderung mit Unrecht verurtheilt wären, weil weyl. Pastor Laves den Betrag dieses gelieferten Kirchenweins und der Oblaten bereits ehedem der Kirche angerechnet, die Rechnungen, worin diese Lieferungen aufgeführet, vor der Kirchen-Commission abgelegt, seine Bezahlung darauf von der Kirche erhalten, und über die Richtigkeit dieser Rechnung von der Kirchen-Commission quitirt worden, die Vorzeigung einer wirklichen, von den Klägern oder ihrem Erblasser ausgestellten Quitung aber desfalls unmöglich geworden wäre, weil derglei-

chen

chen Quitungen zwar jedesmal, bei Abnahme der Kirchenrechnungen, als Beläge dienten, aber, der Gewohnheit nach, dem Rechnungsführer zurückgegeben würden, mithin, da aus den Mitteln der Kirche wirklich schon einmal diese Summe bezahlt worden sey, es äusserst hart seyn würde, die Kirchenvorsteher zu der nochmaligen Bezahlung derselben anzuhalten, 2) in Ansehung der von den Klägern angeführten Causalien, es ebenmäßig das Ansehen gewinnet, als ob das vorige Urthel, in Betreff der nur von dem Tage der Klage an zuerkannten Zinsen und geschehenen Aufrufung der Kosten, abzuändern sey, indem, was die Zinsen angehet, sehr viele Rechtslehrer dafür halten, daß in den contractibus bonae fidei, wozu der gegenwärtige Kaufcontract gehört, die Zinsen des Verzuges von Zeit der, auch durch eine aussergerichtliche Anmahnung, veranlaßten morae gebührten; welchen Satz, ausser vielen andern, der ehemalige Hallesche Professor Henr. Bodinus

in Diss. de vsur. pretii non soluti,

sehr ausführlich behauptet hat, mithin, da die Kläger nur die geschehene aussergerichtliche Anmahnung zu erweisen verbunden waren, selbige mit dem jetzt durch Zuschiebung des Eides angetretenen Beweise zuzulassen wären, oder, wenn man auch die Meinung, daß der Verzug nur durch richterliche Anrufung bewirkt werde, annähme, dennoch diese Zinsen wenigstens vom April 1777. anzurechnen wären, als zu welcher

Zeit die Kläger, laut beigebrachten Amtsprotocolls,

Nr. 39. Act.

die Beklagten bereits, wegen dieser Schuld, bei dem Fürstl. Amte Gronau verklagt haben, wie denn endlich auch, in Rücksicht der geschehenen Aufrufung der Kosten, das vorige Urthel eine Abänderung zu bedürfen scheint, da die Kläger einen rechtmäßigen Grund zu klagen vor sich gehabt haben, und nach Vorschrift der hiesigen Hofgerichtsordnung

Tit. 33. §. 1.

der Succumbent dem Triumphanten regulariter die Kosten ersetzen und selbige nur in sehr zweifelhaften Fällen compensirt werden sollen;

Weil aber dennoch 1) der Beklagten vermeintliche Beschwerden angehend, es zu ihrer Befreiung von der gegenwärtigen Anforderung nicht hinlänglich ist, wenn sie durch ihre revidirte und quitirte Kirchenrechnungen bewiesen, dem vorigen Rechnungsführer, weyl. Pastor Laves, wirklich das für den gelieferten Kirchenwein und die Oblaten creditirte Geld bezahlt zu haben, weil in dem

L. 12. C. de ſolut. et liberat.

deutlich verordnet worden:

Inuito vel ignorante creditore qui ſoluit alii, ſe non liberat obligatione,

prima enim ſoluentis cautela eſt, vt attendat, an illi perſonae, cui ſoluit, tuto

ſolui

solui possit; qui enim alii soluit, quam cui soluere potest ac debet, non liberatur, sed denuo soluere compellitur.

Sam. Stryk, de caut. contract. Sect. IV. Cap. 1. §. 2.

Daher bleibt es eine ganz unwidersprechliche Rechtsregel, daß Beklagte, welche die geklagte Schuld nicht leugnen, sondern sich lediglich auf eine geschehene Zahlung berufen, nicht nur beweisen müssen, daß sie überhaupt eine Zahlung geleistet haben, sondern daß diese Zahlung wirklich an den wahren Gläubiger, die Kläger oder deren Erblasser, geschehen sey. Von dieser gesetzlichen Pflicht kann sie das Vorgeben einer hergebrachten, ohnehin ganz ordnungswidrigen und höchst tadelhaften, Gewohnheit nicht befreien, da sie anführen, daß die bei der Rechnungsablage als Beläge producirten Quitungen nicht bei den Kirchenrechnungen behalten, sondern dem Rechnungsführer zurückgegeben würden, indem der dadurch entgehende Beweis der Zahlung ihnen allein schädlich werden und zur Last fallen kann, weil alles dieses Handlungen sind, welche dritten dabei nicht zugezogenen Personen nicht nachtheilig werden können. Deswegen ist kein Grund vorhanden, die geschehene Verurtheilung der Beklagten wieder aufzuheben. Es bleibt ihnen also nichts übrig, als den ihnen gebührenden und im vorigen Urthel vorbehaltenen Rückgang zu den Erben ihres vorigen Rechnungsführers zu nehmen. Ferner

2) in Betreff der von den Klägern vorgebrachten Beschwerden, bringt es, was die nur

von

von der Zeit der erhobenen Klage zuerkannten Zinsen angehet, ein in den hiesigen Obergerichten überall angenommenes Herkommen mit sich, daß die Verzugszinsen von Waarenschulden nur von der Zeit der erhobenen gerichtlichen Klage anzurechnen zuerkannt werden. Dies Herkommen in den hiesigen Justizcollegien stützt sich auf die entschiedene Meinung, welche deshalben bei dem Kaiserlichen Reichskammergerichte, nach dem Zeugnisse des Freiherrn von Kramer

in s. Wezlarschen Nebenstunden Th. 67. pag. 127.

angenommen worden,

> ad exemplum omnis cuiuscunque debiti, quod a debitore per exceptiones quidem elidi voluit, ſed exceptionibus reiectis per Sententiam pro liquido ſtatuitur, vtpote in quo uſurae a tempore litis conteſtatae vel iudicialis interpellationis in ſimul adiudicari ſolent;

deswegen fällt denn auch der von Klägern zum Erweise der aussergerichtlich geschehenen Anmahnung, den Beklagten zugeschobene Eid, als überflüssig, von selbst weg. Nicht weniger ist das Begehren der Kläger, die Verzugszinsen wenigstens vom April 1777, als zu welcher Zeit sie vor dem Fürstl. Amte Gronau bereits ihre Klage angebracht haben, anzurechnen, desfalls unstatthaft, weil ihre damals vor einem ungehörigen Richter vorgenommene Klage nichts rechtliches hat erwirken können. Endlich, was den gefoderten Kostenersatz betrifft, weil es hier an dem Hauptgrunde aller Verurtheilungen in die Kosten, nehmlich

lich an der vorhandenen Streitsucht allerdings mangelt, da die Beklagten, zumal in ihrem Stande und bei ihren Kenntnissen, wohl ohne Gefährde und ohne allen vorsetzlichen Frevel dafür halten mögen, daß sie von der Verbindlichkeit, eine ihrem vorigen Prediger schon einmal bezahlte und von diesem in das revidirte und quitirte Kirchenregister in Rechnung gebrachte Schuld noch einmal bezahlen zu müssen, befreiet wären:

so ist der vorige Spruch lediglich zu bestätigen, und, weil beide Theile das Ende der Sache durch die eingewandten Rechtsmittel aufgehalten haben, fernere Aufrufung der Proceßkosten zu erkennen, wie im Urthel enthalten ist.

Sententia.

In Sachen der Erben des weyl. Apothekers Forke zu Gronau, Klägers, jetzt Querulanten und Leuteraten, an einem, wider die Kirchenvorsteher zu Barfeld, Beklagte, jetzt Leuteranten und Querulaten, am andern Theile, wird aus den abermals für beschlossen angenommenen Acten, hiermit zu Recht erkannt:

daß, mit Verwerfung der von beiden Theilen eingewandten Rechtsmittel, das unter dem 3ten Jan. d. J. eröfnete Urthel lediglich zu bestätigen sey.

XLII.

XLII. Rechtsfrage.

Ist einem Angeschuldigten bei der ihm nachgelassenen Vertheidigung um Abwendung der engern Untersuchung zugleich auch die anverlangte Einsicht der gerichtlichen Verhandlungen zu gestatten?

---

§. 1.

Pastor R. zu E. war wegen eines mit einer Ehefrau, St., daselbst begangenen doppelten Ehebruchs bei dem Consistorio sehr verdächtig gemacht, angeklagt, und gegen ihn, nach vorgenommener allgemeiner Untersuchung, nebst der vorerstigen Amtsverhängung (suspensio ab officio,) die Specialinquisition erkannt worden. Sein Anwald bat darauf um Führung der Vertheidigung zu Abwendung der engern Untersuchung, und verlangte zu dem Ende die Einsicht der gerichtlichen Verhandlungen. Diese wurde ihm abgeschlagen, und dieses Erkenntniß durch ein in der Leuterungsinstanz von der Jenaischen Juristenfacultät eingeholtes Urthel bestätigt. Dawider wurde von neuen die Nichtigkeitsbeschwerde eingewandt, und von dem Sachführer eine fernere Darlegung der Rechtsgründe eingereicht, worin dieser den

Satz:

Satz: daß bei zugelassener Vertheidigung zu Abwendung der engern Untersuchung auch die Einsicht der gerichtlichen Akten frei zu geben sey, nochmals zu behaupten sich bemühete, und einen Correferenten erbat.

§. 2.

Es fand sich nun aus den Akten, daß das Consistorium schon mit einer ausserordentlichen Milde gegen den Angeschuldigten verfahren hatte, da es diesem überall noch eine Vertheidigung zu Abwendung der Special-Inquisition verstattete. Joh. Brunnemann

in Tr. de inquisitionis processu Cap. 8. Membr. 1. n. 75.

sagt:

Saepius accidere solet, vt rei plane respondere nolint, sed copiam indiciorum sibi edi petant, ideoque hic merito quaeritur: an inquisitus innocentiam suam deducere valens audiendus sit, antequam ad inquisitionales articulos respondeat? Quod negandum est, siquidem responsio inquisiti est instar litis contestationis, a qua iudicium incipit,

L. vn. c. de litis contest.

Sicut ergo in ciuili iudicio exceptiones, non nisi lite contestata, audiendae, ita etiam reus defensionem praetendens, et propterea copiam indiciorum petens, prius

prius ad articulos respondere et litem contestari debet.

Dieser Meinung tritt Carpzov bei

in Prax. crim. P. III. Qu. 115. n. 25.

in den Worten:

Si inquisitus hoc vnicum agat, vt innocentiam suam, aliamue exceptionem probet, quo a poena ordinaria delicti liberetur, putauerunt Domini, eum non audiendum esse, priusquam ad articulos inquisitionales responderit. Cuius assertionis ratio manifesta est, siquidem responsio inquisiti est instar litis contestationis, a qua iudicium incipit. Sicut ergo exceptiones peremtoriae in processu ordinario non nisi post litis contestationem sunt proponendae, ita etiam in processu inquisitorio, non nisi facta inquisiti responsione, defensio eiusdem admittenda et recipienda erit.

cf. *Kress.* ad C. C. C. Art. VI. §. 14.

Zudem waren die Vermuthungen wegen des begangenen doppelten Ehebruchs gegen den Angeschuldigten zu einer solchen Höhe gestiegen, daß ihm die Erlaubniß, sich annoch gegen die anzustellende engere Untersuchung zu vertheidigen, hätte ohne alle Härte können abgeschlagen werden. Denn a) er selbst hatte schon eingestanden, daß er sehr oft in das St-sche Haus (das Haus eines gemeinen Bauern) gegangen, daselbst bis um

10 Uhr des Abends geblieben, auch den Umgang mit der St. sogar, da er ihm schon vom Gerichte verboten worden, fortgesetzt habe; imgleichen hatte er b) eingeräumt, daß er die St. wohl ein Mal geküßt, ferner c) daß er ihr gesagt habe:

Du bist mein, ich bin dein;
Ewig soll unsre Freundschaft seyn!

d) daß er oft mit ihr in die Kammer allein gegangen, e) daß die St. ihm gesagt: wenn er wegbliebe, so solle er keine Ruhe im Hause haben. Hierzu kam f) daß die St. selbst eingestanden hatte, der Pastor R. sey öfters zu ihr gekommen, er habe, da ihr Ehemann deshalben einst die Thür zugesteckt gehabt, die Pforte aus den Hespen gehoben, weswegen ihr Ehemann seinen Unwillen gegen denselben in sehr anzüglichen Worten bezeugt habe, welches letzterer auch selbst zu Protocoll erklärt hatte, 2) daß, nach der Aussage der einen beeidigten Zeugin, der Pastor ihr selbst hinterbracht hätte: er lebe mit der St. in großer Liebe und Einigkeit, 3) daß die andere Zeugin eidlich aussagte, sie hätte oft gesehen, daß der Pastor der St. in den Busen gegriffen habe, 4) daß des Pastors Ehefrau gerichtlich ausgesagt hatte: ihr Ehemann habe ihr mehrmahls umständlich erzählt, daß er sich sehr oft mit der St. fleischlich vermischt habe.

§. 3.

Bei alle dem durfte um so weniger damahls dem Vertheidiger des Angeschuldigten, bei der ge-

gestatteten Vertheidigung, die Einsicht der Gerichtsakten erlaubt werden.

Einige Rechtslehrer behaupten zwar, daß in diesem Falle die Einsicht der Akten zu gestatten sei, aber die Gründe derer, welche solches verneinen, sind von weit stärkerm Gewicht, und der Gerichtsgebrauch benachbarter, und mit einer weisen Rechtspflege versehener Länder kommt hiemit überein.

Weil. Freiherr von Lynker sagt
in Decis. Dec. DCVI.
von dieser Materie folgendes:

"Es hat der Richter behutsam zu verfahren: „weil der Inquisit, in Ersetzung der Acten „(zumahl er noch zur Zeit ad Articulos „nicht geantwortet, und sich also nicht verfangen können, noch der Richter, was er „gestehen und läugnen werde, wissen kann) „sich wider die Specialinquisition fassen und „dem Judici die Erkundigung der Wahrheit hemmen, und unterbrechen, die Zeugen, sonderlich da sie noch nicht geschworen, intimidiren, aus dem Mittel bringen, „verleiten, andere suborniren, und allerhand „Behelfe erdenken kann: und deswegen auf „alle Weise zu verhüten, daß dem Inquisito von den Acten, oder den Zeugen nicht „einige Nachricht zukomme. Vnde nequidem ad defensionem pro auertenda „inquisitione admitti debet reus; sed vt „ad articulos respondeat, cogi denique

„ſub poena confeſſi et conuicti ſolet, „niſi *extra Acta* probare velit, in eum „id crimen, cuius ſe reum haberi com- „pertus ſit, cadere, idque a ſe com- „miſſum eſſe, non potuiſſe. Dazu hat „er der Acten nicht nöthig, und ſind deshal- „ben einem Inquiſito, zu ſolcher Defenſion „die Acten nicht vorzulegen.

Hiemit ſtimmt ein großer Rechtslehrer, Ludovici

in ſ. Einl. zum peinl. Proc. Cap. IV. §. V.

ganz überein, wenn er ſagt:

„Alle Rechtslehrer ſind der einhelligen Mei- „nung, daß einem Inquiſiten, vor der Ant- „wort auf die Inquiſitionalartikel, die In- „dicia nicht mitgetheilet werden ſollen, da- „mit er ſich nicht auf Lügen und Verdre- „hungen gefaßt machen könne.

Ein erfahrner Rechtslehrer, Julius Clarus, hat ſchon vor geraumen Jahren eben dieſe Mei- nung gehegt, und ſich

Lib. V. Qu. 45. n. 8.

alſo darüber geäuſſert:

Sed quid, ſi Reus priusquam examinetur, petat copiam inquiſitionis et indiciorum contra eum exiſtentium, numquid debet iudex illam ei dari facere? Reſpondetur, de iure forte dici poſſet, quod ſic, vt ex praedictis apparet, et ita tenet Practicus Papien in forma inquiſitionis, in

in verb. Fama publica, nr. 3. vbi tamen dicit, quod male ſeruatur in practica per iſtos latrunculatores auaritiae deditos, in animarum ſuarum maximum praeiudicium et detrimentum: et ſubdit, quod peſſime faciunt. Quicquid igitur ſit de iure, conſuetudo ſeruat totum oppoſitum, quod ſcilicet reus interrogetur et examinetur *ante datas defenſiones, et copiam indiciorum*; et ſtante hac generali conſuetudine male faceret iudex, qui aliter obſeruaret in practica.

Auf eben dieſe Weiſe wird es auch in den benachbarten Churhannoverſchen Landen, in welchen bekanntlich eine weiſe und nachahmungswürdige Rechtspflege, auch im peinlichen Fache, von jeher geherrſchet hat, gehalten. Manifeſtum puto, ſagt der verſtorbene berühmte Zelliſche Vice-Präſident von Pufendorf,

in Obſ. iur. vniu. Tom. II. obſ. 146. pag. 502.

Actorum inſpectionem et communicationem in defenſione pro auertenda inquiſitione non permitti, ne ſcilicet indicia reus, quae ſe arguant, reſciſcat, et ad mendacia, doloſque ſeſe praeparare poſſit. Quae ratio adeo generalis eſt, vt ad caſus omnes pertineat, cum ad defenſionem pro auertenda inquiſitione inſpectio actorum peti poteſt. Vtique enim ſemper metus huiusmodi exiſtit.

Und obwohl dieser große Rechtsgelehrte ein besonderes Landesgesetz hiebei anführt, nehmlich die Instructionem criminalem Georgii II. de 1735. Cap. 4. §. 26., in welcher verordnet ist:

"Nachdem die Erfahrung vielfältig bezeuget, „daß die Inquisiten hierunter nichts anders „suchen, als nur von den wider sie vorhandenen Anzeigen Nachricht zu erhalten, „so sollen dem Beschuldigten, damit er sich „nicht Unwahrheiten und allerlei Ränke, „seine Thaten zu verbergen, gefaßt machen „könne, die bei der Generalinquisition geführten Protocolle und Acten zur Einsicht „nicht vorgelegt, noch mitgetheilt werden;"

so ist dennoch nicht abzusehen, warum von einem Collegio, bei Ermangelung eines eigenen speciellen Landesgesetzes, eine vernünftige und auf gute Gründe gestützte Verordnung eines benachbarten Landes, nicht zum Muster der Nachahmung und freiwilligen Befolgung anzunehmen sey; zumahl hier, wo jener Gesetzgrund (ratio legis) auf das genaueste zutraf, indem der Beschuldigte, wenn er die bei der Generalinquisition geführten Protocolle und Acten zur Einsicht erhielt, sich nur auf Unwahrheiten und allerlei Ränke, seine Thaten zu verbergen, gleichfalls würde haben gefaßt machen können, wozu ihm die eben angeführten Aussagen der Zeugen hinlängliche Anleitung gaben.

§. 4.

Ueberdies stand das Herkommen beim Consistorio der Annahme dieser Meinung nicht entgegen, stimmte ihr vielmehr bei.

In

In einem solchen Falle, wo weder in den allgemeinen Rechten, noch (wie im Hochstifte Hildesheim der Fall ist) specielle Landesgesetze etwas Bestimmtes festsetzen, und die Meinungen der Rechtsgelehrten über einen Gegenstand so sehr getheilt sind, — denn wer will es läugnen, daß bei Beurtheilung und Bestimmung unserer Frage die Meinungen der Rechtsgelehrten so sehr wider einander laufen, daß man eine ganze Reihe der Geschicktesten zählen kann, welche für die Bejahung der Frage eingenommen sind, und eine eben so große Anzahl antrift, welche sie schlechterdings verneinen — in einem solchen Falle, sage ich, das in einem Gerichte eingeführte Herkommen zur Richtschnur der Entscheidung anzunehmen, bleibt jederzeit der sicherste und beruhigendste Schritt gewissenhafter Richter, und schon von dieser Seite betrachtet, war ich geneigt, in dem mir abgeforderten Voto correlatiuo dem vorigen Erkenntnisse des Collegiums, welches sich ausdrücklich auf Observanz des Gerichts stützte, Beifall zu geben.

Ich gestehe aber ausserdem dabei gern, daß ich überhaupt, vor der Antwort des Angeschuldigten auf Artikel, die Mittheilung der vollständigen Acten, Zeugenverhöre u. s. w. für die Rechtspflege nachtheilig halte. Die Untersuchung kann dadurch offenbar erschwert, ja vielleicht ganz vereitelt werden. Durch den Unterricht, den der Angeschuldigte aus den mitgetheilten Akten erhält, wird er in den Stand gesetzt, auf die künstlichsten Antworten nachzusinnen, die er denn auf die ihm

ihm vorzulegenden Inquisitionalfragen mit dreister Stirn abgeben wird, da er im entgegengesetzten Falle eine reinere, und der Ergründung der Wahrheit näher bringende Sprache würde haben führen müssen. Erfährt der Angeschuldigte die Zeugen und ihre summarischen Aussagen, so wird er keinen Versuch ungewagt lassen, die Zeugen zu gewinnen, es sei durch Bestechungen oder durch andere Mittel. Er wird ihre Personen, ihre Aussagen sogleich, also noch zur Unzeit, angreifen, verdächtig machen, widerlegen, mithin den Proceß, der zum Wohle des Staates allerdings auf alle Weise Beschleunigung erfordert, verzögern, und auf die ersinnlichste Weise in die Länge spielen, wozu ihm die Mittheilung der Akten offenbar den Weg und die Mittel darbieten und erleichtern.

XLIII.

XLIII. Rechtsfrage.

In welchem Falle wird auf den Beweis der Einrede nicht, sondern auf den Beweis des Klagegrundes erkannt? und wann ist eine Klage für verneinend zugestanden anzunehmen?

In einer am 18ten Merz v. J. übergebenen Bittschrift zeigen die Erben des Past. Kuhlemanns zu Eberholzen an, daß ihnen dessen Nachfolger, der Past. Engelke die Summe von 100 Rthlr. 12 Gr. 3 Pf. schuldig sey, welche durch die Verzugszinsen auf das doppelte erhöhet worden. Diese Forderung soll, nach den sub Lit. A. et B. beigelegten Berechnungen, noch aus den von weil. Pastor Gladen zu Sibbesse geführten Vormundschaftsrechnungen herrühren, und in Resten bestehen, die Implorant gedachtem Pastor Glade, als Kuhlemannschen Vormunde, theils für gekauftes Hausgeräthe, theils an geliehenen Geldern und Korn, theils an dem Pfarrinventarium von den Jahren 1761, 62, und 63. noch schuldig geblieben wäre. Sie bitten daher, dem Imploraten aufzugeben: daß er ihnen diese 100 Rthlr. 12 Gr. 3 Pf., sammt den Verzugszinsen,

zinsen, binnen 4 Wochen bezahlen, auch die veranlaßten Kosten ersetzen solle.

Nr. 1, 2, 3. Act.

Implorat erwiedert in seiner verantwortenden Vernehmlassung, daß er den Imploranten durchaus nichts schuldig sey. Wenn Imploranten in ihres vormaligen Vormundes, des weil. Pastor Gladen, Rechnungen, Lücken anträfen, so müßten sie dessen Erben desfalls angehen und belangen. Pfarrinventaria würden bei dem Antritt der Pfarre, oder doch bald nachher, bezahlt, und nicht erst nach einer Reihe von Jahren, die an ein Vierteljahrhundert reichte. Weyl. Pastor Glade habe noch 20 Jahre nach seiner, des Imploraten, Pfarrübernehmung gelebt und also Frist genug gehabt, die Sache auszumachen, wenn er für seine Mündel dieses oder jenes noch zu fodern gehabt hätte. Da er das aber nicht unternommen habe, so sey es ein unbesonnener Versuch, wenn diese jetzt noch mit Ansprüchen aufträten. Er bittet daher: Imploranten mit ihrer widerrechtlichen Klage abzuweisen und ihnen den Ersatz der verursachten Kosten aufzulegen.

Nr. 7. Act.

In der Erwiederungsschrift sagen die Imploranten: aus des Imploraten Vernehmlassung sey abzunehmen, daß er es nicht in Abrede stellen könne, die einzeln angegebenen Poste schuldig gewesen zu seyn. Er müsse also erweisen, daß er den Preis für das erkaufte Hausgeräth bezahlt, daß er die gefoderten Zinsen auf die ihm baar ge-

geliehenen Gelder gehörig entrichtet, daß er das Saat- und Pfluglohn vergütet, und daß er das Pfarrinventarium und die übrigen Posten entrichtet habe, weil aus einem bloßen vieljährigen Stillschweigen die Bezahlung einer Schuld nicht vermuthet werde. Sie suchen daher nach, dem Imploraten den Abtrag ihrer Forderung, oder den Beweis der geschehenen Zahlung, binnen 4 Wochen, aufzulegen.

N. 9. Act.

In der Duplik fodert der Implorat zuvor, daß die sogenannten Kuhlemannschen Erben sich namentlich angeben und zur Klage gehörig legitimiren, auch, da sie zum Theil in andern Landen wohnhaft und allhier mit nichts angesessen wären, Bürgschaft für die Kosten bestellen müßten. Diesemnächst findet er es lächerlich, daß die Imploranten aus seiner verantwortenden Vernehmlassung gewisse darin nicht befindliche Geständnisse annehmen wollen, da er litem negatiue contestiret und durchaus geleugnet habe, ihnen etwas schuldig zu seyn. Aus den implorantischer Seits beygebrachten Rechnungen könne man ihn eben so wenig zum Schuldner machen, da es annotationes propriae wären. Er wiederholt dabei, es sey im mindesten nicht glaublich, daß der gewesene Vormund, weyl. Pastor Glade, 20 Jahre geschwiegen habe, ja gar darüber hingestorben sey, und daß die Erben selbst ein Vierteljahrhundert sollten ruhig gewesen seyn, wenn sie an ihn noch etwas mit Recht hätten zu fodern gehabt; woraus denn schon die Vermuthung der

Bezah-

Bezahlung herzuleiten sey, zumahl da sich die Gegner nicht in so großen Vermögensumständen befunden hätten, daß sie das Ihrige eben so lange hätten gut entrathen können.

Er bittet daher nochmals, ihn von der Klage zu entbinden und die Imploranten in die Kosten zu verurtheilen.

Nr. 17. Act.

Die Sache ist hierauf für beschlossen angenommen, und zum Urthelsspruche ausgestellt worden.

Votum.

Der Implorat hat seinen Anwald, den hiesigen Advocat Meineken, mittelst Vollmacht,

Nr. 18. Act.

gehörig zu den Verhandlungen bevollmächtigt. Dagegen haben die Implorantischen Erben sich bis jetzt weder namentlich genannt und solchergestalt ad causam legitimirt, noch einen legitimirten Anwald ad Acta bestellt. Deswegen ist ihnen beides in dem Urthel bei nahmhafter Strafe aufzugeben.

Da nun aus der namentlichen Anzeige der Erben und ihrer Wohnörter erst erhellen wird, ob die imploratischer Seits gefoderte Bürgschaft für die Kosten statt finde: so ist die Entscheidung darüber bis dahin zu verschieben.

In Ansehung der Sache selbst scheint es zwar, nach der Behauptung der Imploranten, als ob der

der Implorat in seiner Verantwortungsschrift die von Seiten der Imploranten an ihn gemachten Forderungen an sich nicht in Rede gestellt, sondern sich nur auf eine zu vermuthende Bezahlung, die er aus der Länge der Zeit, da die Imploranten und ihr verstorbener Vormund, der verstorbene Pastor Glade, stille gesessen, herleitet, bezogen habe. Diese Vermuthung wäre aber zur Erweisung der Zahlung nicht hinreichend, vielmehr die Sache in der Lage, daß, da Implorat die Schuld nicht leugnen können, zu Erweisung der geleisteten Bezahlung, bekannten Rechtssätzen nach, verbunden sey.

Allein dagegen streitet, daß die Gesetze in jedem Falle ein deutliches und unbedingtes Geständniß des Beklagten erfodern, wenn die Wirkung desselben eintreten, und die Verurtheilung des Beklagten darauf erfolgen soll.

nam, vt confessio valeat, de mente et proposito confitentis promanare debet,

Mascard. de prob. Qu. 7. n. 52.
ICti Tubing. Vol. II. Cons. 44. n. 14. Vol. III. Cons. 232. n. 42.

Ein Geständniß des Beklagten kann nicht anders zum Nachtheil desselben angezogen werden, als wenn dasselbe deutlich und unbezweifelt gewiß in den Acten vorhanden ist,

Confessio enim, quae confitenti nocere debet, clara lucida, certa, expressa et explicata esse debet; implicata confessio

autem

autem habet naturam confessionis incidenter emanatae

Horn in Consult. et Resp. Cl. XI. Resp. 92.

et ex confessione obscura nemo condemnari debet,

Idem l. c. Cl. XII. Resp. 3.

An diesem deutlichen und unbewundenem Geständnisse des Imploraten aber, mangelt es offenbar in gegenwärtigem Falle, da derselbe in seiner exceptivischen Vernehmlassung sowohl, als in seiner Duplikschrift ausdrücklich behauptet: daß er den Imploranten durchaus nichts schuldig sey. Wenn er also gleich beiläufig anführt, daß alle Vermuthungen einer rechtlichen Foderung auf Seiten der Imploranten dadurch wegfalle, daß ihn der Kuhlemannsche Vormund, weyl. Pastor Glade, sammt den Imploranten ein Vierteljahrhundert unangefochten gelassen hätten: so steht daraus nicht zu folgern, daß er dadurch die Schuld anerkannt habe, und also zu Erweisung der geleisteten Zahlung verbunden sey; am wenigsten hier, da auf so mancherlei Posten, auf Reste von Auctionsgeldern, von Darlehnen an Korn und Gelde, von Pfarrinventariumsbeiträgen u. s. w. geklagt wird, wobei es in quali et quanto einer speciellern Erklärung bedurft hätte.

non praesumitur enim confessio, nec implicita adest confessio, dum reus negat: daß er dem Kläger noch etwas schuldig seyn sollte,

Pütters auserles. Rechtsfälle. 1. B. Dec. CLXXV. n. 6. 7.

Ferner haben auch die Imploranten, zur Erweisung des Grundes ihrer Foderungen, hier noch weiter nichts als Auszüge aus den Vormundschaftsrechnungen des weyl. Pastor Gladen beigebracht, welche, als annotationes priuatae ex propriae, gegen den angeblichen Debitorem nichts erweisen.

L. 7. C. de prob.

So ist auch von ihnen bis jetzt noch nicht die eigenhändige Specification des Imploraten, welche, nach der Imploranten Anführung in ihrer Replikschrift pag. 3., über die meisten der in den Anl. sub Nr. 1. aufgeführten Posten, bei der Rechnung vom Jahre 1763. sich befinden soll, beigebracht worden. Also sind, da in vorliegendem Falle Lis pro negatiue contestata anzunehmen ist, Imploranten allerdings schuldig, den Grund ihrer Klage erst zu erweisen.

Daher wird, mit einstweiliger Aussetzung der Proceßkosten, jetzt zu erkennen seyn, wie im Urthel enthalten ist.

Sententia.

In Sachen weiland Pastor Kuhlemanns in Eberholzen nachgelassener Erben, Imploranten an einem, wider den Pastor Engelken daselbst, Imploraten am andern Theile, wird zuvor den Imploranten bei 2 Goldfl. Strafe anbefohlen, sich, innerhalb 4 Wochen, sowohl namentlich anzu-

zugeben, und ad caussam zu legitimiren, als auch einen bevollmächtigten Anwald ad Acta zu bestellen, diesemnächst aber, aus den für beschlossen angenommenen Akten zu Recht erkannt:

daß, da Implorat Litem negatiue contestiret, Imploranten den Grund ihrer Klage binnen 4 Wochen, wie Recht, zu erweisen schuldig seyen; welchemnächst ferner ergehen soll, was Rechtens.

Wie Wir zum Hochfürstl. Hochstift-Hildesheimschen Consistorio A. C. verordnete Consistorial- und Kirchenräthe also zu Recht erkennen, anbefehlen und schuldig erklären, den Kostenpunkt aber bis zum Endurthel aussetzen. V. R. W.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Verzeichniß der Druckfehler.

Seite 16 Zeile 12 von unten, lese man statt das selbe: dasselbe.
— — 4 l. st. mercantur: mereantur.
— 31 5 v. o. l. st. initia: inita.
— 34 13 v. u. l. st. circum septum: circumseptum.
— 39 10 v. u. l. st. Erbtheil: Erbschaft.
— 43 3 v. o. l. st. deciperatur: deciperentur.
— — 12 v. u. l. st. antehabuit: ante habuit.
— — 8 v. u. l. st. chirographariis: chirographarius.
— 45 6 v. u. l. st. habe: hat.
— 57 4 v. u. l. st. unstatthaften: unstatthaftem.
— 60 10 v. o. l. st. vorstelle: verstelle.
— 121 7 v. o. l. st. demnach: dennoch.
— 123 7 v. u. l. st. erregten: erregtem.
— 128 14 v. o. l. st. wenn gleich: wenn sie gleich.
— 151 16 v. u. l. st. erlassene: erlassen.
— 157 4 v. o. l. st. wurde die: wurde dieses.
— 173 3 v. u. l. st. ersetzen wäre: ersetzen schuldig wäre.
— 169 6 v. o. l. st. (pro confessione qualificata): (pro confessione directa et simplici).
— 179 10 v. u. l. st. Unterweisung: Ueberweisung.
— 192 6 v. o. l. st. ipso iura: ipso iure.
— 193 4 v. o. l. st. festgesetzten: festgesetzter.
— — 8 v. o. l. st. vltra petitu: vltra petita.
— 207 4 v. o. l. st. in iungitur: iniungitur.
— — 12 v. o. l. st. minus: Si minus und st. intentione: in intentione.
— — 13 v. u. l. st. iudiciei: iudicio.
— 210 14 v. u. l. st. Fragen: Frage.
— — 9 v. u. l. st. diesen: dessen.
— 221 9 v. o. l. st. verbinde: verbindet.
— 222 3 v. o. l. st. wäre, es denn: wäre, denn.
— 226 8 v. o. l. st. anzunehmen ist: anzunehmen ist).
— 229 1 v. o. l. st. schändliche: schädliche.
— 232 10 v. o. l. st einem: einen.
— 234 9 v. o. l. st. die Wahl: daß die Wahl.
— 240 11 v. o. l. st. soll: solle.
— 242 2 v. u. l. st. in dubitati: indubitati.
— 245 6 v. o. l. st. imploratischen: imploratischem.
— 250 5 v. o. l. st. sey: seyen.
— 251 14 v. o. l. st. inuali, dam: inualidam.
— 252 2 v. o. l. st. den Graden der Verwandschaft nachfolgen: den Graden der Verwandschaft nach, folgen.
— 255 11 v. u. l. st. frugi feram: frugiferam.
— 257 7 v. o. l. st. angethan werden: eingethan worden.
— 258 6 v. o. l. st. hatten: hatte.
— 259 3 v. u. l. st. verurtheilt: nicht verurtheilt.
— 265 6 v. o. l. st. müssen: musten.
— 270 7 v. u. l. st. So: Sot.
— 271 9 v. u. l. st. viel ein: viel weiter ein.
— 272 12 v. o. l. st. Gem. B. nicht blos B. blos.
— 273 14 v. o. l. st. überflüssig: überflüssig blieb.
— 274 14 v. o. l. st. widersprochen;: widersprochen,.
— 283 6 v. o. l. st. Lochlum: Lochtum u. s. f.
— 288 4 v. u. l. st. Eigenthum: Eigenthum bleiben.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Albrecht, Carl Ernst

Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle

Bd.: 1

Hannover (1799)

Decis. 5 s-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396446-1
VD18 9012359